ترجمه کتاب المکاسب

مبحث بیع

جلد ۳

مرحوم شیخ مرتضی انصاری (ره)

مترجم: اصغر محمدی همدانی

بسم الله الرحمن الرحیم

المكاسب

كاتب:

مسعود شفيعى كيا

نشرت فى الطباعة:

احسن الحديث

رقمى الناشر:

مركز القائمیۀ باصفهان للتحریات الکمبیوتریۀ

الفهرس

المكاسب – الجزء الثالث

اشارة

سرشناسه : انصاری، مرتضی‌بن محمدامین، ق۱۲۸۱ – ۱۲۱۴

عنوان و نام پدیدآور : ...المکاسب / مرتضی الانصاری؛ التحقیق مرکز التحقیقات لموسسه احسن الحدیث

مشخصات نشر : قم: احسن الحدیث، ۱۴۲۱ق. = ۱۳۷۹.

مشخصات ظاهری : ج ۳

شابک : ۹۶۴-۵۷۳۸-۱۱-۳(دوره) ؛ ۹۶۴-۵۷۳۸-۰۸-۳۱۵۰۰۰ریال:(ج.۱) ؛ ۹۶۴-۵۷۳۸-۰۹-۱۲۲۰۰۰ریال:(ج.۲) ؛ ۹۶۴-۵۷۳۸-۱۰-۵۱۷۰۰۰ریال:(ج.۳)

یادداشت : فهرستنویسی براساس اطلاعات فیپا.

یادداشت : کتابنامه

موضوع : معاملات (فقه)

شناسه افزوده : موسسه احسن الحدیث. مرکز تحقیقات

رده بندی کنگره : BP۱۹۰/۱/الف۸م۷ ۱۳۷۹

رده بندی دیویی : ۲۹۷/۳۷۲

شماره کتابشناسی ملی : م۷۹-۲۷۷۱

الخيارات

اشارة

بسم الله الرحمن الرحيم الحمد لله رب العالمين و الصلاة و السلام على محمد و آله الطاهرين و لعنة الله على أعدائهم أجمعين. القول فى الخيار و أقسامه و أحكامه

مقدمتان

الأولى [فى معنى الخيار لغة و اصطلاحا]

الخيار لغة اسم مصدر من الاختيار- غلب فى كلمات جماعة من المتأخرين فى ملك فسخ العقد على ما فسره به فى موضع من الإيضاح- فيدخل ملك الفسخ فى العقود الجائزة و فى عقد الفضولى و ملك الوارث رد العقد على ما زاد على الثلث و ملك العمة و الخالة لفسخ العقد على بنت الأخ و الأخت و ملك الأمة المزوجة من عبد فسخ العقد إذا أعتقت و ملك كل من الزوجين للفسخ بالعيوب- و لعل التعبير بالملك للتنبيه على أن الخيار من الحقوق لا من الأحكام فيخرج ما كان من قبيل الإجازة و الرد لعقد الفضولى و التسلط على فسخ العقود الجائزة فإن ذلك من الأحكام الشرعية لا من الحقوق و لذا لا تورث و لا تسقط بالإسقاط و قد يعرف بأنه ملك إقرار العقد و إزالته و يمكن الخدشة فيه بأنه إن أريد من إقرار العقد إبقاؤه على حاله بترك الفسخ فذكره مستدرك لأن القدرة على الفسخ عين القدرة على تركه إذ القدرة لا تتعلق بأحد الطرفين و إن أريد منه إلزام العقد و جعله غير قابل لأن يفسخ. ففيه أن مرجعه إلى إسقاط حق الخيار فلا يؤخذ فى تعريف نفس الخيار مع أن ظاهر الإلزام فى مقابل الفسخ جعله لازما مطلقا فينتقض بالخيار

المشترک فإن لکل منهما إلزامه من طرفه لا- مطلقا ثم إن ما ذکرناه من معنی الخیار- هو المتبادر منه عرفا عند الإطلاق فی کلمات المتأخرین و إلا فإطلاقه فی الأخبار و کلمات الأصحاب علی سلطنة الإجازة و الرد لعقد الفضولی و سلطنة الرجوع فی الهبة و غیرهما من أفراد السلطنة شائع.

الثانیة [الأصل فی البیع اللزوم]

اشارة

ذکر غیر واحد تبعا للعلامة فی کتبه- أن الأصل فی البیع اللزوم. قال فی التذکرة الأصل فی البیع اللزوم لأن الشارع وضعه مفیدا لنقل الملک و الأصل الاستصحاب و الغرض تمکن کل من المتعاقدین من التصرف فیما صار إلیه و إنما یتم باللزوم لیأمن من نقض صاحبه علیه انتهی.

أقول المستفاد من کلمات جماعة أن الأصل هنا قابل لإرادة معان

الأول الراجح

احتمله فی جامع المقاصد- مستندا فی تصحیحه إلی الغلبة. و فیه أنه إن أراد غلبة الأفراد فغالبها ینعقد جائزا لأجل خیار المجلس أو الحیوان أو الشرط- و إن أراد غلبة الأزمان فهی لا تنفع فی الأفراد المشکوکة- مع أنه لا یناسب ما فی القواعد من قوله و إنما یخرج من الأصل لأمرین ثبوت خیار أو ظهور عیب.

الثانی القاعدة المستفادة من العمومات

التی یجب الرجوع إلیها عند الشک فی الأفراد أو بعض الأحوال و هذا حسن لکن لا یناسب ما ذکره فی التذکرة فی توجیه الأصل- .

الثالث الاستصحاب

و مرجعه إلی أصالة عدم ارتفاع أثر العقد بمجرد فسخ أحدهما و هذا حسن.

الرابع المعنی اللغوی

بمعنی أن وضع البیع و بناءه عرفا و شرعا علی اللزوم و صیرورة المالک الأول کالأجنبی و إنما جعل الخیار فیه حقا خارجیا لأحدهما أو لهما یسقط بالإسقاط و بغیره و لیس البیع کالهبة التی حکم الشارع فیها بجواز رجوع الواهب بمعنی کونه حکما شرعیا له أصلا و بالذات بحیث لا یقبل الإسقاط و من هنا ظهر أن ثبوت خیار المجلس فی أول أزمنة انعقاد البیع لا ینافی کونه فی حد ذاته مبنیا علی اللزوم لأن الخیار حق خارجی قابل للانفکاک. نعم لو کان فی أول انعقاده محکوما شرعا بجواز الرجوع بحیث یکون حکما فیه لاحقا

مجعولا ـ قابلا للسقوط كان منافيا لبنائه على اللزوم فالأصل هنا كما قيل نظير قولهم إن الأصل فى الجسم الاستدارة فإنه لا ينافى كون أكثر الأجسام على غير الاستدارة لأجل القاسر الخارجى و مما ذكرنا ظهر وجه النظر فى كلام صاحب الوافية حيث أنكر هذا الأصل لأجل خيار المجلس إلا أن يريد أن الأصل بعد ثبوت خيار المجلس بقاء عدم اللزوم و سيأتى ما فيه

بقى الكلام فى معنى قول العلامة فى القواعد و التذكرة إنه لا يخرج من هذا الأصل إلا بأمرين ثبوت خيار أو ظهور عيب فإن ظاهره أن ظهور العيب سبب لتزلزل البيع فى مقابل الخيار مع أنه من أسباب الخيار و توجيهه بعطف الخاص على العام كما فى جامع المقاصد غير ظاهر إذ لم يعطف العيب على أسباب الخيار بل عطف على نفسه و هو مباين له لا ـ أعم. نعم قد يساعد عليه ما فى التذكرة من قوله و إنما يجزع عن الأصل بأمرين أحدهما ثبوت الخيار لهما أو لأحدهما من غير نقص فى أحد العوضين بل للتروى خاصة. و الثانى ظهور عيب فى أحد العوضين انتهى. و حاصل التوجيه على هذا أن الخروج عن اللزوم لا يكون إلا بتزلزل

المكاسب، ج۳، ص ۲۱۵

العقد لأجل الخيار و المراد بالخيار فى المعطوف عليه ما كان ثابتا بأصل الشرع أو بجعل المتعاقدين لا ـ لاقتضاء نقص فى أحد العوضين و بظهور العيب ما كان الخيار لنقص أحد العوضين لكنه مع عدم تمامه تكلف فى عبارة القواعد مع أنه فى التذكرة ذكر فى الأمر الأول الذى هو الخيار فصولا سبعة بعدد أسباب الخيار و جعل السابع منها خيار العيب و تكلم فيه كثيرا و مقتضى التوجيه أن يتكلم فى الأمر الأول فيما عدا خيار العيب و يمكن توجيه ذلك بأن العيب سبب مستقل لتزلزل العقد فى مقابل الخيار فإن نفس ثبوت الأرش بمقتضى العيب و إن لم يثبت خيار الفسخ موجب لاسترداد جزء من الثمن فالعقد بالنسبة إلى جزء من الثمن متزلزل قابل لإبقائه فى ملك البائع و إخراجه عنه و يكفى فى تزلزل العقد ملك إخراج جزء مما ملكه البائع بالعقد عن ملكه. و إن شئت قلت إن مرجع ذلك إلى ملك فسخ العقد الواقع على مجموع العوضين من حيث المجموع و نقض مقتضاه من تملك كل من مجموع العوضين فى مقابل الآخر لكنه مبنى على كون الأرش جزء حقيقيا من الثمن كما عن بعض العامة ليتحقق انفساخ العقد بالنسبة إليه عند استرداده.

و قد صرح العلامة فى كتبه بأنه لا يعتبر فى الأرش كونه جزء من الثمن بل له إبداله لأن الأرش غرامة و حينئذ فثبوت الأرش لا يوجب تزلزلا فى العقد ثم إن الأصل بالمعنى الرابع إنما ينفع مع الشك فى ثبوت خيار فى خصوص البيع لأن الخيار حق خارجى يحتاج ثبوته إلى الدليل أما لو شك فى عقد آخر من حيث اللزوم و الجواز فلا يقتضى ذلك الأصل لزومه لأن مرجع الشك حينئذ إلى الشك فى الحكم الشرعى. و أما الأصل بالمعنى الأول فقد عرفت عدم تماميته و أما بمعنى الاستصحاب فيجرى فى البيع و غيره إذا شك فى لزومه و جوازه و أما بمعنى القاعدة فيجرى فى البيع و غيره لأن أكثر العمومات الدالة على هذا المطلب يعم غير البيع

[الأدلة على أصالة اللزوم]

اشارة

و قد أشرنا فى مسألة المعاطاة إليها و نذكرها هنا تسهيلا على الطالب-

فمنها قوله تعالى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ

دل على وجوب الوفاء بكل عقد و المراد بالعقد مطلق العهد كما فسر به فى صحيحة ابن سنان المروية فى تفسير على بن إبراهيم أو ما يسمى عقدا لغة و عرفا. و المراد بوجوب الوفاء العمل بما اقتضاه العقد فى نفسه- بحسب الدلالة اللفظية نظير الوفاء بالنذر فإذا دل

العقد مثلا على تمليك العاقد ماله من غيره وجب العمل بما يقتضيه التمليك من ترتيب آثار ملكية ذلك الغير له فأخذه من يده بغير رضاه و التصرف فيه كذلك نقض لمقتضى ذلك العهد فهو حرام فإذا حرم بإطلاق الآية جميع ما يكون نقضا لمضمون العقد و منها التصرفات الواقعة بعد فسخ المتصرف من دون رضاء صاحبه كان هذا لازما مساويا للزوم العقد و عدم انفساخه بمجرد فسخ أحدهما فيستدل بالحكم التكليفى على الحكم الوضعى أعنى فساد الفسخ من أحدهما بغير رضا الآخر و هو معنى اللزوم بل قد حقق فى الأصول أن لا معنى للحكم الوضعى إلا ما انتزع من الحكم التكليفى. و مما ذكرنا ظهر ضعف ما قيل من أن معنى وجوب الوفاء بالعقد العمل بما يقتضيه من لزوم و جواز فلا يتم الاستدلال به على اللزوم. توضيح الضعف أن اللزوم و الجواز من الأحكام الشرعية للعقد و ليسا من مقتضيات العقد فى نفسه مع قطع النظر عن حكم الشارع. نعم هذا المعنى أعنى وجوب الوفاء بما يقتضيه العقد فى نفسه يصير بدلالة الآية حكما شرعيا للعقد مساويا للزوم و أضعف من ذلك ما نشأ من عدم التفطن لوجه دلالة الآية على اللزوم مع الاعتراف بأصل الدلالة لمتابعة المشهور و هو أن المفهوم من الآية عرفا حكمان تكليفى و وضعى و قد عرفت أن ليس المستفاد منها إلا حكم واحد تكليفى يستلزم حكما وضعيا

[الاستدلال بآية أحل الله البيع]

و من ذلك يظهر لك الوجه فى دلالة قوله تعالى أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ على اللزوم فإن حلية البيع التى لا يراد منها إلا حلية جميع التصرفات المترتب عليه التى منها ما يقع بعد فسخ أحد المتبايعين بغير رضاء الآخر مستلزمة لعدم تأثير ذلك الفسخ و كونه لغوا غير مؤثر

[الاستدلال بآية تجارة عن تراض]

و منه يظهر وجه الاستدلال على اللزوم بإطلاق حلية أكل المال بالتجارة عن تراض فإنه يدل على أن التجارة سبب لحلية التصرف بقول مطلق حتى بعد فسخ أحدهما من دون رضاء الآخر فدلالة الآيات الثلاث على أصالة اللزوم على نهج واحد لكن يمكن أن يقال- إنه إذا كان المفروض الشك فى تأثير الفسخ فى رفع الآثار الثابتة بإطلاق الآيتين الأخيرتين لم يمكن التمسك فى رفعه إلا بالاستصحاب و لا ينفع الإطلاق.

و منها قوله تعالى وَ لا تَأْكُلُوا أَمْوالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْباطِلِ

دل على حرمة الأكل بكل وجه يسمى باطلا عرفا و موارد ترخيص الشارع ليس من الباطل فإن أكل المارة من ثمرة الأشجار التى تمر بها باطل لو لا إذن الشارع الكاشف عن عدم بطلانه و كذلك الأخذ بالشفعة و الخيار فإن رخصة الشارع فى الأخذ بهما يكشف عن ثبوت حق لذوى الخيار و الشفعة و ما نحن فيه من هذا القبيل فإن أخذ مال الغير و تملكه من دون إذن صاحبه باطل عرفا. نعم لو دل الشارع على جوازه كما فى العقود الجائزة بالذات أو بالعارض كشف ذلك عن حق للفاسخ متعلق بالعين. و مما ذكرنا يظهر وجه الاستدلال بقوله ص: لا يحل مال امرئ مسلم إلا عن طيب نفسه.

و منها قوله: الناس مسلطون على أموالهم

فإن مقتضى السلطنة التى أمضاها الشارع أن لا يجوز أخذه من يده و تملكه عليه من دون رضاه و لذا استدل المحقق فى الشرائع على عدم جواز رجوع المقرض فيما أقرضه بأن فائدة الملك التسلط و نحوه العلامة فى بعض كتبه و الحاصل أن جواز العقد الراجع إلى تسلط الفاسخ على تملك ما انتقل عنه و صار مالا لغيره و أخذه منه بغير رضاه مناف لهذا العموم

و منها قوله: المؤمنون عند شروطهم

و قد استدل به على اللزوم غير واحد منهم المحقق الأردبيلى قدس سره بناء على أن الشرط مطلق الإلزام و الالتزام و لو ابتدأ من غير ربط بعقد آخر فإن العقد على هذا شرط فيجب الوقوف عنده و يحرم التعدى عنه فيدل على اللزوم بالتقريب المتقدم فى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ لكن لا يبعد منع صدق الشرط فى الالتزامات الابتدائية بل المتبادر عرفا

المكاسب، ج۳، ص ۲۱۶

هو الإلزام التابع- كما يشهد به موارد استعمال هذا اللفظ حتى فى مثل قوله فى دعاء التوبة: و لك يا رب شرطى ألا أعود فى مكروهك و عهدى أن أهجر جميع معاصيك و قوله فى أول دعاء الندبة: بعد أن شرطت عليهم الزهد فى درجات هذه الدنيا كما لا يخفى على من تأملها مع أن كلام بعض أهل اللغة على ما ادعينا من الاختصاص ففى القاموس الشرط إلزام الشىء و التزامه فى البيع و نحوه

و منها الأخبار المستفيضة فى أن البيعين بالخيار ما لم يفترقا

و أنه إذا افترقا وجب البيع و أنه لا خيار لهما بعد الرضا

فهذه جملة من العمومات- الدالة على لزوم البيع عموما أو خصوصا

[مقتضى الاستصحاب أيضا اللزوم]

و قد عرفت أن ذلك مقتضى الاستصحاب أيضا و ربما يقال إن مقتضى الاستصحاب- عدم انقطاع علاقة المالك عن العين فإن الظاهر من كلماتهم عدم انقطاع علاقة المالك عن العين التى له فيها الرجوع و هذا الاستصحاب حاكم على الاستصحاب المتقدم المقتضى اللزوم و رد بأنه إن أريد بقاء علاقة الملك أو علاقة يتفرع على الملك فلا ريب فى زوالها بزوال الملك و إن أريد بها سلطنة إعادة العين فى ملكه فهذه علاقة يستحيل اجتماعها مع الملك و إنما تحدث بعد زوال الملك لدلالة دليل فإذا فقد الدليل فالأصل عدمها و إن أريد بها العلاقة التى كانت فى مجلس البيع فإنها تستصحب عند الشك فيصير الأصل فى البيع بقاء الخيار كما يقال الأصل فى الهبة بقاء جوازها بعد التصرف فى مقابل من جعلها لازمة بالتصرف ففيه مع عدم جريانه فيما لا خيار فيه فى المجلس بل مطلقا بناء على أن الواجب هنا الرجوع فى زمان الشك إلى عموم أوفوا بالعقود لا الاستصحاب أنه لا يجدى بعد تواتر الأخبار بانقطاع الخيار مع الافتراق فيبقى ذلك الاستصحاب سليما عن الحاكم فتأمل

[ظاهر المختلف أن الأصل عدم اللزوم و المناقشة فيه]

ثم إنه يظهر من المختلف فى مسألة أن المسابقة لازمة أو جائزة أن الأصل عدم اللزوم و لم يرده من تأخر عنه إلا بعموم قوله تعالى

أَوْفُوا بِالْعُقُودِ و لم يكن وجه صحيح لتقرير هذا الأصل. نعم هو حسن فى خصوص المسابقة و شبهه مما لا يتضمن تمليكا أو تسليطا ليكون الأصل بقاء ذلك الأثر و عدم زواله بدون رضا الطرفين

[إذا شك فى عقد أنه من مصاديق العقد اللازم أو الجائز]

ثم إن ما ذكرنا من العمومات المثبتة لأصالة اللزوم- إنما هو فى الشك فى حكم الشارع باللزوم و يجرى أيضا فيما إذا شك فى عقد خارجى أنه من مصاديق العقد اللازم أو الجائز بناء على أن المرجع فى الفرد المردد بين عنوانى العام و المخصص إلى العموم و أما بناء على خلاف ذلك فالواجب الرجوع عند الشك فى اللزوم إلى الأصل بمعنى استصحاب الأثر و عدم زواله بمجرد فسخ أحد المتعاقدين إلا أن يكون هنا أصل موضوعى يثبت العقد الجائز كما إذا شك فى أن الواقع هبة أو صدقة فإن الأصل عدم قصد القربة فيحكم بالهبة الجائزة لكن الاستصحاب المذكور إنما ينفع فى إثبات صفة اللزوم و أما تعيين العقد اللازم حتى يترتب عليه سائر آثار العقد اللازم كما إذا أريد تعيين البيع عند الشك فيه و فى الهبة فلا بل يرجع فى أثر كل عقد إلى ما يقتضيه الأصل بالنسبة إليه فإذا شك فى اشتغال الذمة بالعوض حكم بالبراءة التى هى من آثار الهبة و إذا شك فى الضمان مع فساد العقد حكم بالضمان لعموم على اليد إن كان هو المستند فى الضمان بالعقود الفاسدة و إن كان المستند دخوله فى ضمان العين أو قلنا بأن خروج الهبة من ذلك العموم مانع عن الرجوع إليه فيما احتمل كونه مصداقا لها كان الأصل البراءة أيضا

القول فى أقسام الخيار

اشارة

و هى كثيرة إلا أن أكثرها متفرقة و المجتمع منها فى كل كتاب سبعة و قد أنهاها بعضهم إلى أزيد من ذلك- حتى أن المذكور فى اللمعة مجتمعا أربعة عشر مع عدم ذكره لبعضها و نحن نقتفى أثر المقتصر على السبعة كالمحقق و العلامة قدس سرهما لأن ما عداها لا يستحق عنوانا مستقلا إذ ليس له أحكام مغاير لسائر أنواع الخيار فنقول و بالله التوفيق

الأول فى خيار المجلس

اشارة

فالمراد بالمجلس مطلق مكان المتبايعين حين البيع- و إنما عبر بفرده الغالب و إضافة الخيار إليه لاختصاصه و ارتفاعه بانقضائه الذى هو الافتراق و لا خلاف بين الإمامية فى ثبوت هذه الخيار و النصوص به مستفيضة- و الموثق الحاكى لقول على ع: إذا صفق الرجل على البيع فقد وجب مطروح أو مؤول و لا فرق بين أقسام البيع و أنواع المبيع. نعم سيجىء استثناء بعض أشخاص المبيع كالمنعتق على المشترى و تنقيح مباحث هذا الخيار و مسقطاته يحصل برسم مسائل

مسألة لا إشكال فى ثبوته للمتبائعين إذا كانا أصيلين و لا فى ثبوته للوكيلين فى الجملة

اشارة

و هل يثبت لهما مطلقا خلاف قال فى التذكرة لو اشترى الوكيل أو باع أو تعاقد الوكيلان تعلق الخيار بهما و بالموكلين مع حضورهما

فی المجلس و إلاـ فبالوكيلين فلو مات الوكيل فی المجلس و الموكل غائب انتقل الخيار إليه لأن ملكه أقوى من ملك الوارث و للشافعية قولان أحدهما أنه يتعلق بالموكل و الآخر أنه يتعلق بالوكيل انتهى.

[أقسام الوكيل]

[أن يكون وكيلا فی مجرد إجراء العقد]

أقول و الأولى أن يقال- إن الوكيل إن كان وكيلا فی مجرد إجراء العقد فالظاهر عدم ثبوت الخيار لهما- وفاقا لجماعة منهم المحقق و الشهيد الثانيان لأن المتبادر من النص غيرهما و إن عممناه لبعض أفراد الوكيل و لم نقل بما قيل تبعا لجامع المقاصد بانصرافه بحكم الغلبة إلى خصوص العاقد المالك مضافا إلى أن مفاد أدلة الخيار إثبات حق و سلطنة لكل من المتعاقدين على ما انتقل إلى الآخر بعد الفراغ عن تسلطه على ما انتقل إليه فلا يثبت بها هذا التسلط لو لم يكن مفروغا عنه فی الخارج أ لا ترى أنه لو شك المشترى فی كون المبيع ممن ينعتق عليه لقرابة أو يجب صرفه لنفقة أو إعتاقه لنذر فلاـ يمكن الحكم بعدم وجوبه لأدلة الخيار بزعم إثباتها للخيار المستلزم لجواز رده على البائع و عدم وجوب عتقه هذا مضافا إلى ملاحظة بعض أخبار هذا الخيار المقرون فيه بينه و بين خيار الحيوان الذى لا يرضى الفقيه بالتزام ثبوته للوكيل فی إجراء

المكاسب، ج٣، ص ٢١٧

الصيغة فإن المقام و إن لم يكن من تعارض المطلق و المقيد إلاـ أن سياق الجميع يشهد باتحاد. المراد من لفظ المتبايعين مع أن ملاحظة حكمة الخيار بتعدى ثبوته للوكيل المذكور مضافا إلى أدلة سائر الخيارات فإن القول بثبوتها لموقع الصيغة لا ينبغى من الفقيه و الظاهر عدم دخوله فی إطلاق العبارة المتقدمة عن التذكرة. فإن الظاهر من قوله اشترى الوكيل أو باع تصرف الوكيل بالبيع و الشراء لا مجرد إيقاع الصيغة و من جميع ذلك يظهر ضعف القول بثبوته للوكيلين المذكورين كما هو ظاهر الحدائق- و أضعف منه تعميم الحكم لصورة منع الموكل من الفسخ بزعم أن الخيار حق ثبت للعاقد بمجرد إجرائه للعقد فلا يبطل بمنع الموكل و على المختار فهل يثبت للموكلين فيه إشكال- من أن الظاهر من البيعين فی النص المتعاقدان فلا يعم الموكلين. و ذكروا أنه لو حلف على عدم البيع لم يحنث ببيع وكيله و من أن الوكيلين فيما نحن فيه كالآلة للمالكين و نسبة الفعل إليهما شائعة و لذا لا يتبادر من قوله باع فلان ملكه الكذائى كونه مباشرا للصيغة و عدم الحنث بمجرد التوكيل فی إجراء الصيغة ممنوع فالأقوى ثبوته لهما و لكن مع حضورهما فی مجلس العقد و المراد به مجلسهما المضاف عرفا إلى العقد فلو جلس هذا فی مكان و ذاك فی مكان آخر فاطلعا على عقد الوكيلين فمجرد ذلك لا يوجب الخيار لهما إلا إذا صدق كون مكانيهما مجلسا لذلك العقد بحيث يكون الوكيلان كلسانى الموكلين و العبرة بافتراق الموكلين عن هذا المجلس لا بالوكيلين هذا كله إن كان وكيلا فی مجرد إيقاع العقد

[أن يكون وكيلا مستقلا فی التصرف المالى]

و إن كان وكيلا فی التصرف المالى كأكثر الوكلاء فإن كان مستقلا فی التصرف فی مال الموكل بحيث يشمل فسخ المعاوضة بعد تحققها نظير العامل فی القراض و أولياء القاصرين فالظاهر ثبوت الخيار له لعموم النص و دعوى تبادر المالكين ممنوعة خصوصا إذا استندت إلى الغلبة- فإن معاملة الوكلاء و الأولياء لا تحصى و هل يثبت للموكلين أيضا مع حضورهما كما تقدم عن التذكرة إشكال من تبادر المتعاقدين من النص و قد تقدم عدم حنث الحالف على ترك البيع ببيع وكيله و من أن المستفاد من أدلة سائر الخيارات و خيار الحيوان المقرون بهذا الخيار فی بعض النصوص كون الخيار حقا لصاحب المال شرعا إرفاقا له و أن ثبوته للوكيل لكونه نائبا عنه يستلزم ثبوته للمنوب عنه إلا أن يدعى مدخلية المباشرة للعقد فلا يثبت لغير المباشر و لكن الوجه الأخير لا يخلو عن قوة و حينئذ فقد

یتحقق فی عقد واحد الخیار لأشخاص کثیرة- من طرف واحد أو من الطرفین فکل من سبق من أهل الطرف الواحد إلی إعماله نفذ و سقط خیار الباقین بلزوم العقد أو بانفساخه و لیس المقام من تقدیم الفاسخ علی المجیز فإن تلک المسألة فیما إذا ثبت للجانبین و هذا فرض من جانب واحد ثم علی المختار من ثبوته للموکلین فهل العبرة فیه بتفرقهما عن مجلسهما حال العقد أو عن مجلس العقد أو بتفرق المتعاقدین أو بتفرق الکل فیکفی بقاء أصیل مع وکیل آخر فی مجلس العقد وجوه أقواها الأخیر

[أن لا یکون مستقلا فی التصرف]

و إن لم یکن مستقلا فی التصرف فی مال الموکل قبل العقد و بعده بل کان وکیلا فی التصرف علی وجه المعاوضة کما إذا قال له اشتر لی عبدا و الظاهر حینئذ عدم الخیار للوکیل لا لانصراف الإطلاق إلی غیر ذلک بل لما ذکرنا فی القسم الأول من إطلاق أدلة الخیار مسوق لإفادة سلطنة کل من العاقدین علی ما نقله عند الفراغ عن تمکنه من رد ما انتقل إلیه فلا تنهض لإثبات هذا التمکن عند الشک فیه و لا- لتخصیص ما دل علی سلطنة الموکل علی ما انتقل إلیه المستلزمة لعدم جواز تصرف الوکیل فیه برده إلی مالکه الأصلی و فی ثبوته للموکلین ما تقدم

[هل للموکل تفویض حق الخیار إلی الوکیل]

و الأقوی اعتبار الافتراق عن مجلس العقد کما عرفت فی سابقه ثم هل للموکل بناء علی ثبوت الخیار له تفویض الأمر إلی الوکیل بحیث یصیر ذا حق خیاری- الأقوی العدم لأن المتیقن من الدلیل ثبوت الخیار للعاقد فی صورة القول به عند العقد لا لحوقه له بعده. نعم یمکن توکیله فی الفسخ أو فی مطلق التصرف فسخا أو التزاما.

[عدم ثبوت الخیار للفضولی]

و مما ذکرنا اتضح عدم ثبوت الخیار للفضولیین و إن جعلنا الإجازة کاشفة لا لعدم صدق المتبایعین لأن البیع النقل و لا نقل هنا کما قیل لاندفاعه بأن البیع النقل العرفی و هو موجود هنا. نعم ربما کان ظاهر الأخبار حصول الملک شرعا بالبیع و هذا المعنی منتف فی الفضولی قبل الإجازة و یندفع أیضا بأن مقتضی ذلک عدم الخیار فی الصرف و السلم قبل القبض مع أن هذا المعنی لا یصح علی مذهب الشیخ- القائل بتوقف الملک علی انقضاء الخیار فالوجه فی عدم ثبوته للفضولیین فحوی ما تقدم- من عدم ثبوته للوکیلین الغیر المستقلین. نعم فی ثبوته للمالکین بعد الإجازة مع حضورهما فی مجلس العقد وجه و اعتبار مجلس الإجازة علی القول بالنقل له وجه خصوصا علی القول بأن الإجازة عقد مستأنف علی ما تقدم. توضیحه فی مسألة عقد الفضولی و یکفی حینئذ الإنشاء أصالة من أحدهما و الإجازة من الآخر إذا جمعهما مجلس عرفا. نعم یحتمل فی أصل المسألة أن یکون الإجازة من المجیز التزاما بالعقد فلا خیار بعدها خصوصا إذا کانت بلفظ التزمت فتأمل و لا فرق فی الفضولیین بین الغاصب و غیره فلو تبایع غاصبان ثم تفاسخا لم یزل العقد عن قابلیة لحوق الإجازة بخلاف ما لو رد الموجب منهما قبل قبول الآخر لاختلال صورة المعاقدة و الله العالم.

مسألة لو کان العاقد واحدا

لنفسه أو غیره عن نفسه أو غیره ولایة أو وکالة علی وجه یثبت له الخیار مع التعدد بأن کان ولیا أو وکیلا- مستقلا فی التصرف فالمحکی عن ظاهر الخلاف و القاضی و المحقق و العلامة و الشهیدین و المحقق الثانی و المحقق المیسی و الصیمری و غیرهم ثبوت

هـذا الخيـار له عن الاـثنين لأـنه بـائع و مشتر فله مـا لكـل منهما كسائر أحكامها الثابتـة لهما من حيث كونهما متبايعين و احتمال كون الخيار لكل منهما بشـرط انفراده بإنشائه فلا يثبت مع قيام العنوانين لشـخص واحد مندفع باستقرار سائر أحكام المتبايعين و جعل الغاية التفرق المســتلزم للتعـدد مبنى على الغـالب خلافـا للمحكى فى التحرير مـن القـول بالعـدم و اسـتقربه فخر الـدين و مـال إليـه المحقق الأردبيلى و الفاضل الخراسانى

المكاسب، ج۳، ص ۲۱۸

و المحـدث البحرانى و اسـتظهره بعض الأفاضـل ممن عاصـرناهم و لاـ يخلو عن قوة بـالنظر إلى ظـاهر النص لأـن الموضوع فيه صورة التعـدد و الغايـة فيه الافتراق المسـتلزم للتعـدد و لولاها لأمكن اسـتظهار كون التعدد فى الموضوع لبيان حكم كل من البائع و المشترى كسائر أحكامهما إذ لا يفرق العرف بين قوله المتبايعان كـذا و قوله لكل من البائع و المشترى إلا أن التقييد بقوله حتى يفترقا ظاهر فى اختصاص الحكم بصورة إمكان فرض الغايـة و لا يمكن فرض التفرق فى غير المتعدد و منه يظهر سـقوط القول بأن كلمة حتى تدخل على الممكن و المستحيل إلا أن يدعى أن التفرق غاية مختصة بصورة التعدد لا مخصصة للحكم بها. و بالجملة فحكم المشهور بالنظر إلى ظـاهر اللفـظ مشـكل. نعم لا يبعـد بعـد تنقيـح المناط لكن الإشـكال فيه و الأولى التوقف تبعا للتحرير و جامع المقاصـد ثم لو قلنا بالخيار فالظاهر بقائه إلى أن يسقط بأحد المسقطات غير التفرق.

مسألة قد يستثنى بعض أشخاص المبيع عن عموم ثبوت هذا الخيار

منها من ينعتق على أحد المتبايعين

و المشـهور كمـا قيـل عـدم الخيـار مطلقا بل عن ظاهر المسالك أنه محل وفاق و احتمل فى الـدروس ثبوت الخيار للبائع و الكلام فيه مبنى على القول المشـهور من عـدم توقف الملـك على انقضـاء الخيار- و إلا فلا إشـكال فى ثبوت الخيار و الظاهر أنه لا إشـكال فى عـدم ثبوت الخيار بالنسـبة إلى نفس العين لأن مقتضـى الأدلة الانعتاق بمجرد الملك و الفسخ بالخيار من حينه لا من أصله و لا دليل على زواله بالفسـخ مع قيـام الـدليل على زوال الحريـة بعـد تحققهـا إلا على احتمال ضـعفه فى التحرير فيما لو ظهر من ينعتق عليه معيبا مبنى على تزلزل العتق و أما الخيار بالنسـبة إلى أخـذ القيمـة فقد يقال مقتضـى الجمع بين أدلة الخيار و دليل عدم عود الحر إلى الرقية فيفرض المعتـق كالتـالف فلمـن انتقـل إليـه أن يـدفع القيمـة و يسـترد الثمن. و مـا فى التـذكرة من أنه وطن نفسه على الغبن المـالى و المقصود من الخيار أن ينظر و يتروى لدفع الغبن عن نفسه ممنوع لأن التوطين على شرائه عالما بانعتاقه عليه ليس توطينا على الغبن من حيث المعاملة و كـذا لمن انتقل عنه أن يـدفع الثمن و يأخـذ القيمـة و ما فى التذكرة من تغليب جانب العتق إنما يجدى مانعا عن دفع العين لكن الإنصاف أنه لا وجه للخيار لمن انتقل إليه لأن شـراءه إتلاف له فى الحقيقة و إخراج له عن المالية و سيجىء سقوط الخيار بالإتلاف بل أدنى تصـرف فعدم ثبوته به أولى و منه يظهر عدم ثبوت الخيار لمن انتقل عنه لأن بيعه من ينعتق عليه إقدام على إتلافه و إخراجه عن الماليـة. و الحاصـل أنـا إذا قلنـا إن الملك فيمن ينعتق عليه تقـديرى لا حقيقى- فالمعاملـة عليه من المتبايعين مواطأة على إخراجه عن الماليـة و سـلكه فى سـلك ما لا يتمول لكنه حسن مع علمهما فتأمل. و قـد يقال إن ثبوت الخيار لمن انتقل عنه مبنى على أن الخيـار و الانعتاق هل يحصـلان بمجرد البيع أو بعـد ثبوت الملك آنا ما أو الأول بالأول و الثانى بالثانى أو العكس فعلى الأولين و الأخير يقوى القول بالعدم لأمضوية أخبار العتق و كون القيمة بدل العين فيمتنع اسـتحقاقها من دون المبدل و لسبق تعلقه على الأخير و يحتمـل قريبـا الثبوت جمعـا بين الحقين و دفعـا للمنافـاة من البين و عملاـ بالنصـين و بالإجمـاع على عـدم إمكـان زوال يـد البـائع عن العوضـين و تنزيلا للفسـخ منزلـة الأرش مع ظهور عيب فى أحـدهما و للعتق بمنزلة تلف العين و لأنهم حكموا بجواز الفسخ و الرجوع إلى القيمـة فيمـا إذا بـاع بشـرط العتق فظهر كونه ممن ينعتق على المشترى أو تعيب بمـا يوجب ذلـك و الظاهر عـدم الفرق بينه و بين

المقام و على الثالث يتجه الثانى لما مر و لسبق تعلق حق الخيار و عروض العتق ثم قال و حيث كان المختار فى الخيار أنه بمجرد العقد و فى العتق أنه بعد الملك و دل ظاهر الأخبار و كلام الأصحاب على أن أحكام العقود و الإيقاعات تتبعها بمجرد حصولها إذا لم يمنع عنها مانع من غير فرق بين الخيار و غيره بل قد صرحوا بأن الخيار يثبت بعد العقد و أنه علة و المعلول لا يتخلف عن علته كما أن الانعتاق لا يتخلف عن الملك فالأقرب هو الأخير كما هو ظاهر المختلف و التحرير و مال إليه الشهيد إن لم يثبت الإجماع على خلافه و يؤيده إطلاق الأكثر و دعوى ابن زهرة الإجماع على ثبوت خيار المجلس فى جميع ضروب المبيع من غير استثناء انتهى كلامه رفع مقامه أقول إن قلنا إنه يعتبر فى فسخ العقد بالخيار أو بالتقايل- خروج الملك عن ملك من انتقل عنه نظرا إلى أن خروج أحد العوضين عن ملك أحدهما يستلزم دخول الآخر فيه و لو تقديرا لم يكن وجه للخيار فيما نحن فيه و لو قلنا بكون الخيار بمجرد العقد و الانعتاق عقيب الملك آنا ما إذ برفع العقد لا يقبل المنعتق عليه لأن يخرج من ملك المشترى إلى ملك البائع و لو تقديرا إذ ملكية المشترى لمن ينعتق عليه ليس على وجه يترتب عليه سوى الانعتاق و لا يجوز تقديره بعد الفسخ قبل الانعتاق خارجا عن ملك المشترى إلى ملك البائع ثم انعتاقه مضمونا على المشترى كما لو فرض بيع المشترى للمبيع فى زمن الخيار ثم فسخ البائع. و الحاصل أن الفاسخ يتلقى الملك من المفسوخ عليه و هذا غير حاصل فيما نحن فيه و إن قلنا أن الفسخ لا يقتضى أزيد من رد العين إن كان موجودا و بدله إن كان تالفا أو كالتالف و لا يعتبر فى صورة

التلف إمكان تقدير تلقى الفاسخ الملك من المفسوخ عليه و تملكه منه بل يكفى أن يكون العين المضمونة قبل الفسخ بثمنها مضمونة بعد الفسخ بقيمتها مع التلف كما يشهد به الحكم بجواز الفسخ و الرجوع إلى القيمة فيما تقدم فى مسألة البيع شرط العتق ثم ظهور المبيع منعتقا على المشترى و حكمهم برجوع الفاسخ إلى القيمة لو وجد العين منتقلة بعقد لازم مع عدم إمكان تقدير عود الملك قبل الانتقال الذى هو بمنزلة التلف إلى الفاسخ كان الأوفق بعمومات الخيار القول به هنا و الرجوع إلى القيمة إلا مع إقدام المتبايعين على المعاملة مع العلم بكونه ممن ينعتق عليه فالأقوى العدم لأنهما قد تواطئا على إخراجه عن المالية الذى هو بمنزلة إتلافه. و بالجملة فإن الخيار حق فى العين و إنما يتعلق بالبدل بعد تعذره لا ابتداء

المكاسب، ج۳، ص ۲۱۹

فإذا كان نقل العين إبطالا لماليته و تفويتا لمحل الخيار كان كتفويت نفس الخيار باشتراط سقوطه فلم يحدث حق فى العين حتى يتعلق ببدله و قد صرح بعضهم بارتفاع خيار البائع بإتلاف المبيع و نقله إلى من ينعتق عليه كالإتلاف له من حيث المالية فدفع الخيار به أولى و أهون من رفعه فتأمل.

و منها العبد المسلم المشترى من الكافر

بناء على عدم تملك الكافر للمسلم اختيارا فإنه قد يقال بعدم ثبوت الخيار لأحدهما أما بالنسبة إلى العين فلفرض عدم جواز تملك الكافر للمسلم و تمليكه إياه و أما بالنسبة إلى القيمة فلما تقدم من أن الفسخ يتوقف على رجوع العين إلى مالكه الأصلى و لو تقدير التكون مضمونة له بقيمته على من انتقل إليه و رجوع المسلم إلى الكافر غير جائز و هذا هو المحكى عن حواشى الشهيد رحمه الله حيث قال إنه يباع و لا يثبت له خيار المجلس و لا الشرط و يمكن أن يريد بذلك عدم ثبوت الخيار للكافر فقط و إن ثبت للمشترى فيوافق مقتضى كلام فخر الدين فى الإيضاح من أن البيع بالنسبة إلى الكافر استنقاذ و بالنسبة إلى المشترى كالبيع بناء منه على عدم تملك السيد الكافر له لأن الملك سبيل و إنما له حق استيفاء ثمنه منه لكن الإنصاف أنه على هذا التقدير لا دليل على ثبوت الخيار للمشترى أيضا لأن الظاهر من قوله البيعان بالخيار اختصاص الخيار بصورة تحقق البيع من الطرفين مع أنه لا معنى لتحقق العقد البيعى من طرف واحد فإن شروط البيع إن كانت موجودة تحقق من الطرفين و إلا لم يتحقق أصلا كما اعترف به بعضهم فى مسألة بيع الكافر الحربى من ينعتق عليه و الأقوى فى المسألة وفاقا لظاهر الأكثر و صريح كثير ثبوت الخيار فى المقام و إن تردد فى القواعد بين استرداد

العین أو القیمهٔ. و ما ذکرنا من أن الرجوع بالقیمهٔ مبنی علی إمکان تقدیر الملک فی ملک المالک الأصلی لو أغمضنا عن منعه کما تقدم فی المسألهٔ السابقهٔ غیر قادح هنا لأن تقدیر المسلم فی ملک الکافر بمقدار یثبت علیه بدله لیس سبیلا للکافر علی المسلم و لذا جوزنا له شراء من ینعتق علیه و قد مر بعض الکلام فی ذلک فی شروط المتعاقدین.

و منها شراء العبد نفسه

بناء علی جوازه فإن الظاهر عدم الخیار فیه و لو بالنسبهٔ إلی القیمهٔ لعدم شمول أدلهٔ الخیار له و اختاره فی التذکرهٔ و فیها أیضا أنه لو اشتری جمدا فی شدهٔ الحر ففی الخیار إشکال و لعله من جههٔ احتمال اعتبار قابلیهٔ العین للبقاء بعد العقد لیتعلق بها الخیار فلا یندفع الإشکال بما فی جامع المقاصد من أن الخیار لا یسقط بالتلف لأنه لا یسقط به إذا ثبت قبله فتأمل.

مسألهٔ لا یثبت خیار المجلس فی شیء من العقود سوی البیع عند علمائنا

کما فی التذکرهٔ و عن تعلیق الإرشاد و غیرهما و عن الغنیهٔ الإجماع علیه و صرح الشیخ فی غیر موضع من المبسوط بذلک أیضا بل عن الخلاف الإجماع علی عدم دخوله فی الوکالهٔ و العاریهٔ و القراض و الحوالهٔ و الودیعهٔ إلا أنه فی المبسوط بعد ذکر جملهٔ من العقود التی یدخلها الخیار و التی لا یدخلها قال و أما الوکالهٔ و الودیعهٔ و العاریهٔ و القراض و الجعالهٔ فلا یمنع من دخول الخیارین فیها مانع انتهی و مراده خیار المجلس و الشرط. و حکی نحوه عن القاضی و لم یعلم معنی الخیار فی هذه العقود بل جزم فی التذکرهٔ بأنه لا معنی للخیار فیها لأن الخیار فیها أبدا و احتمل فی الدروس أن یراد بذلک عدم جواز التصرف قبل انقضاء الخیار و لعل مراده التصرف المرخص فیه شرعا للقابل فی هذه العقود لا الموجب إذ لا معنی لتوقف جواز تصرف المالک فی هذه العقود علی انقضاء الخیار لأن أثر هذه العقود تمکن غیر المالک من التصرف فهو الذی یمکن توقفه علی انقضاء الخیار الذی جعل الشیخ قدس سره أثر البیع متوقفا علیه- لکن الإنصاف أن تتبع کلام الشیخ فی المبسوط فی هذا المقام یشهد بعدم إرادته هذا المعنی فإنه صرح فی مواضع قبل هذا الکلام و بعده باختصاص خیار المجلس بالبیع و الذی یخطر بالبال أن مراده دخول الخیارین فی هذه العقود إذا وقعت فی ضمن عقد البیع فتنفسخ بفسخه فی المجلس و هذا المعنی و إن کان بعیدا فی نفسه إلا أن ملاحظهٔ کلام الشیخ فی المقام یقربه إلی الذهن و قد ذکر نظیر ذلک فی جریان الخیارین فی الرهن و الضمان و صرح فی السرائر بدخول الخیارین فی هذه العقود لأنها جائزهٔ فیجوز الفسخ فی کل وقت و هو محتمل کلام الشیخ فتأمل. و کیف کان فلا إشکال فی أصل هذه المسألهٔ.

مسألهٔ مبدأ هذا الخیار من حین العقد

لأن ظاهر النص کون البیع علهٔ تامهٔ و مقتضاه کظاهر الفتاوی شمول الحکم للصرف و السلم قبل القبض و لا إشکال فیه لو قلنا بوجوب التقابض فی المجلس فی الصرف و السلم وجوبا تکلیفیا إما للزوم الربا کما صرح به فی صرف التذکرهٔ و إما لوجوب الوفاء بالعقد و إن لم یکن بنفسه مملکا لأن ثمرهٔ الخیار حینئذ جواز الفسخ فلا یجب التقابض أما لو قلنا بعدم وجوب التقابض و جواز ترکه إلی التفرق المبطل للعقد ففی أثر الخیار خفاء لأن المفروض بقاء سلطنهٔ کل من المتعاقدین علی ملکه و عدم حق لأحدهما فی مال الآخر و یمکن أن یکون أثر الخیار خروج العقد بفسخ ذی الخیار عن قابلیهٔ لحوق القبض الملک فلو فرض اشتراط سقوط الخیار فی العقد لم یخرج العقد بفسخ المشروط علیه عن قابلیهٔ التأثیر. قال فی التذکرهٔ لو تقابضا فی عقد الصرف ثم أجازا فی المجلس لزم العقد و إن أجازا قبل التقابض فکذلک و علیهما التقابض فإن تفرقا قبله انفسخ العقد ثم إن تفرقا عن تراض لم یحکم بعصیانهما فإن انفرد أحدهما بالمفارقهٔ عصی انتهی و فی الدروس یثبت یعنی خیار المجلس فی الصرف تقابضا أو لا فإن التزما به قبل القبض وجب التقابض فلو هرب أحدهما عصی و انفسخ العقد و لو هرب قبل الالتزام فلا معصیهٔ و یحتمل قویا عدم العصیان مطلقا لأن للقبض

مـدخلا فی اللزوم فله ترکه انتهی و صرح الشیخ أیضا فی المبسوط بثبوت التخایر فی الصـرف قبل التقابض. و مما ذکرنا یظهر الوجه فی کون مبـدأ الخیار للمـالکین الحاضـرین فی مجلس عقـد الفضولیین علی القول بثبوت الخیـار لهمـا من زمان إجازتهما علی القول بالنقل و کذا علی الکشف مع احتمال کونه من زمان العقد

القول فی مسقطات الخیار

اشارة

و هی أربعة علی ما ذکرها فی التذکرة اشتراط سقوطه فی

المکاسب، ج۳، ص ۲۲۰

ضمن العقد و إسقاطه بعد العقد و التفرق و التصرف فیقع الکلام فی مسائل.

مسألة لا خلاف ظاهرا فی سقوط هذا الخیار باشتراط سقوطه فی ضمن العقد.

اشارة

و عن الغنیـة الإجماع علیه و یدل علیه قبل ذلک عموم المسـتفیض المؤمنون أو المسـلمون عند شـروطهم و قد یتخیل معارضـته بعموم أدلة الخیار و یرجح علی تلک الأدلة بالمرجحات و هو ضـعیف لأن الترجیح من حیث الدلالة و السند مفقود و موافقة عمل الأصحاب لا یصـیر مرجحا بعـد العلم بانحصار مسـتندهم فی عموم أدلة الشـروط کما یظهر من کتبهم و نحوه فی الضـعف التمسک بعموم أوفوا بالعقود بناء علی صیرورة شرط عدم الخیار کالجزء من العقد الذی یجب الوفاء به إذ فیه أن أدلة الخیار أخص فیخصص بها العموم بل الوجه مع انحصار المستند فی عموم دلیل الشـروط عدم نهوض أدلة الخیار للمعارضة لأنها مسوقة لبیان ثبوت الخیار بأصل الشـرع فلا ینافی سـقوطه بالمسـقط الخارجی و هو الشرط لوجوب العمل به شرعا بل التأمل فی دلیل الشرط یقضی بأن المقصود منه رفع الید عن الأحکام الأصـلیة الثابتة للمشروطات قبل وقوعها فی حیز الاشتراط فلا تعارضه أدلة تلک الأحکام فحاله حال أدلة وجوب الوفاء بالنذر و العهـد فی عـدم مزاحمتها بأدلـة أحکام الأفعال المنـذورة لو لا النـذر. و یشـهد لما ذکرنا من حکومـة أدلة الشـرط و عدم معارضـتها للأحکام الأصـلیة حتی یحتاج إلی المرجـح استشـهاد الإمام فی کثیر من الأخبار بهذا العموم و علی مخالفة کثیر من الأحکام الأصـلیة. منها صحیحة مالک بن عطیة قال:

سألت أبا عبـد الله ع عن رجل کان له أب مملوک و کان تحت أبیه جاریـة مکاتبـة قد أدت بعض ما علیها فقال لها ابن العبد هل لک أن أعینـک فی مکاتبتـک حتی تؤدی مـا علیک بشـرط أن لا یکون لک الخیار بعـد ذلک علی أبی إذا أنت ملکت نفسک قالت نعم فأعطاها فی مکاتبتها علی أن لا یکون لها الخیار بعد ذلک قال ع لا یکون لها الخیار المسلمون عند شروطهم. و الروایة محمولة بقرینة الإجماع علی عـدم لزوم الشـروط الابتدائیـة علی صورة وقوع الاشتراط فی ضـمن عقد لازم أو المصالحة علی إسـقاط الخیار المتحقق سببه بالمکاتبة بذلک المال و کیف کان فالاسـتدلال فیها بقاعدة الشروط علی نفی الخیار الثابت بالعمومات دلیل علی حکومتها علیها لا معارضـتها المحوجـة إلی التماس المرجح. نعم قد یستشـکل التمسک بدلیل الشـروط فی المقام من وجوه- الأول أن الشـرط یجب الوفاء به إذا کان العقـد المشـروط فیه لازما لأن الشـرط فی ضـمن العقـد الجائز لا یزیـد حکمه علی أصل العقـد بل هو کالوعد فلزوم الشـرط یتوقف علی لزوم العقـد فلو ثبت لزوم العقد بلزوم الشـرط لزم الدور. الثانی أن هذا الشـرط مخالف لمقتضـی العقد علی ما هو ظاهر قوله البیعان بالخیار فاشتراط عـدم کونهما بالخیار اشتراط لعـدم بعض مقتضـیات العقـد. الثالث ما اسـتدل به بعض الشافعیـة علی

عدم جواز اشتراط السقوط من أن إسقاطه الخيار فی ضمن العقد إسقاط لما لم يجب لأن الخيار لا يحدث إلا بعد البيع فإسقاطه فيه كإسقاطه قبله هذا و لكن شیء من هذه الوجوه لا يصلح للاستشكال أما الأول فلأن الخارج من عموم الشرط الشروط الابتدائية لأنها كالوعد الواقعة فی ضمن العقود الجائزة بالذات أو بالخيار مع بقائها على الجواز لأن الحكم بلزوم الشرط مع فرض جواز العقد المشروط به مما لا يجتمعان لأن الشرط تابع و كالتقييد للعقد المشروط به أما إذا كان نفس مؤدى الشرط لزوم ذلك العقد المشروط به كما فيما نحن فيه لا التزاما آخر مغايرا لالتزام أصل العقد فلزومه الثابت بمقتضی عموم وجوب الوفاء بالشرط عين لزوم العقد فلا يلزم تفكيك بين التابع و المتبوع فی اللزوم و الجواز. و أما الثانی فلأن الخيار حق للمتعاقدين اقتضاء العقد لو خلی و نفسه فلا ينافی سقوطه بالشرط. و بعبارة أخرى المقتضی للخيار العقد بشرط لا طبيعة العقد من حيث هی حتى لا يوجد بدونه و قوله البيعان بالخيار و إن كان له ظهور فی العلية التامة إلا أن المتبادر من إطلاقه صورة الخلو عن شرط السقوط مع أن مقتضی الجمع بينه و بين دليل الشرط كون العقد مقتضيا لإتمام العلة ليكون التخلف ممتنعا شرعا. نعم يبقى الكلام فی دفع توهم أنه لو بنی على الجمع بهذا الوجه بين دليل الشرط و عمومات الكتاب و السنة لم يبق شرط مخالف للكتاب و السنة بل و لا لمقتضی العقد و محل ذلك و إن كان فی باب الشروط إلا- أن مجمل القول فی دفع ذلك فيما نحن فيه أنا حيث علمنا بالنص و الإجماع أن الخيار حق مالی قابل للإسقاط و الإرث لم يكن سقوطه منافيا للمشروع فلم يكن اشتراطه اشتراط المنافی كما لو اشترطا فی هذا العقد سقوط الخيار فی عقد آخر. و أما عن الثالث بما عرفت من أن المتبادر من النص المثبت للخيار صورة الخلو عن الاشتراط و إقدام المتبايعين على عدم الخيار ففائدة الشرط إبطال المقتضی لا- إثبات المانع و يمكن أن يستأنس لدفع الإشكال من هذا الوجه الثالث و من سابقه بصحيحة مالك بن عطية المتقدمة

ثم إن هذا الشرط يتصور على وجوه-

أحدها أن يشترط عدم الخيار

و هذا هو مراد المشهور من اشتراط السقوط فيقول بعت بشرط أن لا يثبت خيار المجلس كما مثل به فی الخلاف و المبسوط و الغنية و التذكرة لأن المراد بالسقوط هنا عدم الثبوت لا الارتفاع.

الثانی أن يشترط عدم الفسخ

فيقول بعت بشرط أن لا أفسخ فی المجلس فيرجع إلى التزام ترك حقه فلو خالف الشرط و فسخ فيحتمل قويا عدم نفوذ الفسخ لأن وجوب الوفاء بالشرط مستلزم لوجوب إجباره عليه و عدم سلطنته على تركه كما لو باع منذور التصدق به على ما ذهب إليه غير واحد فمخالفة الشرط و هو الفسخ غير نافذة فی حقه و يحتمل النفوذ لعموم دليل الخيار و الالتزام بترك الفسخ لا يوجب فساد الفسخ على ما قاله بعضهم من أن بيع منذور التصدق حنث موجب للكفارة لا فاسد و حينئذ فلا فائدة فی هذا غير الإثم على مخالفته إذ ما يترتب على مخالفة الشرط فی غير هذا المقام من تسلط المشروط له على الفسخ لو خولف الشرط غير مترتب هنا و الاحتمال الأول أوفق بعموم وجوب الوفاء بالشرط الدال على

المكاسب، ج۳، ص ۲۲۱

وجوب ترتب آثار الشرط و هو عدم الفسخ فی جميع الأحوال حتى بعد الفسخ فيستلزم ذلك كون الفسخ الواقع لغوا كما تقدم نظيره فی الاستدلال بعموم وجوب الوفاء بالعقد على كون فسخ أحدهما منفردا لغوا لا يرفع وجوب الوفاء.

الثالث أن يشترط إسقاط الخيار

و مقتضى ظاهره وجوب الإسقاط بعد العقد فلو أخل به و فسخ العقد ففى تأثير الفسخ الوجهان المتقدمان و الأقوى عدم التأثير و هل للمشروط له الفسخ- بمجرد عدم إسقاط المشترط الخيار بعد العقد و إن لم يفسخ وجهان من عدم حصول الشرط و من أن المقصود منه إبقاء العقد- فلا يحصل التخلف إلا إذا فسخ و الأولى بناء على القول بعدم تأثير الفسخ هو عدم الخيار لعدم تخلف الشرط و على القول بتأثيره ثبوت الخيار لأنه قد يكون الغرض من الشرط عدم تزلزل العقد و يكون بقاء المشترط على سلطنة الفسخ مخالفا لمصلحة المشروط له و قد يموت ذو الخيار و ينتقل إلى وارثه.

بقى الكلام فى أن المشهور أن تأثير الشرط إنما هو مع ذكره فى متن العقد

اشارة

فلو ذكراه قبله لم يفد لعدم الدليل على وجوب الوفاء به و صدق الشرط على غير المذكور فى العقد غير ثابت لأن المتبادر عرفا هو الإلزام و الالتزام المرتبط بمطلب آخر و قد تقدم عن القاموس أنه الإلزام و الالتزام فى البيع و نحوه و عن الشيخ و القاضى تأثير الشرط المتقدم. قال فى محكى الخلاف لو شرطا قبل العقد أن لا يثبت بينهما خيار بعد العقد صح الشرط و لزم العقد بنفس الإيجاب و القبول ثم نقل الخلاف عن بعض أصحاب الشافعى ثم قال دليلنا أنه لا مانع من هذا الشرط و الأصل جوازه و عموم الأخبار فى جواز الشرط يشمل هذا الموضع انتهى و نحوه المحكى عن جواهر القاضى. و قال فى المختلف على ما حكى عنه بعد ذلك و عندى فى ذلك نظر فإن الشرط إنما يعتبر حكمه لو وقع فى متن العقد. نعم لو شرطا قبل العقد و تبايعا على ذلك الشرط صح ما شرطاه انتهى. أقول التبايع على ذلك الشرط إن كان بالإشارة إليه فى العقد بأن يقول مثلا بعت على ما ذكر فهو من المذكور فى متن العقد و إن كان بالقصد إليه و البناء عليه عند الإنشاء فهذا هو ظاهر كلام الشيخ نعم يحتمل أن يريد الصورة الأولى و أراد بقوله قبل العقد قبل تمامه و هذا هو المناسب للاستدلال له بعدم المانع من هذا الاشتراط و يؤيده أيضا بل يعينه أن بعض أصحاب الشافعى إنما يخالف فى صحة هذا الاشتراط فى متن العقد. و قد صرح فى التذكرة بذكر خلاف بعض الشافعية فى اشتراط عدم الخيار فى متن العقد و استدل عنهم بأن الخيار بعد تمام العقد فلا يصح إسقاطه قبل تمامه. و الحاصل أن ملاحظة عنوان المسألة فى الخلاف و التذكرة و استدلال الشيخ على الجواز و بعض الشافعية على المنع يكاد يوجب القطع بعدم إرادة الشيخ صورة ترك الشرط فى متن العقد و كيف كان فالأقوى أن الشرط الغير المذكور فى متن العقد غير مؤثر لأنه لا يلزم بنفس اشتراطه السابق لأن المتحقق فى السابق إما وعد بالتزام أو التزام تبرعى لا يجب الوفاء به و العقد اللاحق و إن دفع مبنيا عليه لا يلزمه لأنه إلزام مستقل لا يرتبط بالتزام العقد إلا بجعل المتكلم و إلا فهو بنفسه ليس من متعلقات الكلام العقدى مثل العوضين و قيودهما حتى يقدر شرطا منويا فيكون كالمحذوف النحوى بعد نصب القرينة فإن من باع داره فى حال بنائه فى الواقع على عدم الخيار له لم يحصل له فى ضمن بيعه إنشاء التزام بعدم الخيار و لم يقيد إنشاءه بشىء بخلاف قوله بعتك على أن لا خيار لى الذى مؤداه بعتك ملتزما على نفسى و بانيا على أن لا خيار لى فإن إنشاءه للبيع قد اعتبر مقيدا بإنشائه التزام عدم الخيار فحاصل الشرط إلزام فى التزام مع اعتبار تقييد الثانى بالأول و تمام الكلام فى باب الشروط إن شاء الله تعالى.

فرع

ذكر العلامة فى التذكرة موردا لعدم جواز اشتراط نفى خيار المجلس و غيره فى متن العقد و هو ما إذا نذر المولى أن يعتق عبده إذا

باعه بأن قال لله علی أن أعتقک إذا بعتک قال لو باعه بشرط نفی الخیار لم یصح البیع لصحة النذر فیجب الوفاء به و لا یتم برفع الخیار و علی قول بعض علمائنا من صحة البیع مع بطلان الشرط یلغو الشرط و یصح البیع و یعتق انتهی. أقول هذا مبنی علی أن النذر المعلق بالعین یوجب عدم تسلط الناذر علی التصرفات المنافیة له و قد مر أن الأقوی فی الشرط أیضا کونه کذلک.

مسألة و من المسقطات إسقاط هذا الخیار بعد العقد

اشارة

بل هذا هو المسقط الحقیقی و لا خلاف ظاهرا فی سقوطه بالإسقاط- و یدل علیه بعد الإجماع فحوی ما سیجیء من النص الدال علی سقوط الخیار بالتصرف معللا بأنه رضاء بالبیع مضافا إلی القاعدة المسلمة من أن لکل ذی حق إسقاط حقه و لعله لفحوی تسلط الناس علی أموالهم فهم أولی بالتسلط علی حقوقهم المتعلقة بالأموال و لا معنی لتسلطهم علی مثل هذه الحقوق الغیر القابلة للنقل إلا نفوذ تصرفهم فیها بما یشمل الإسقاط و یمکن الاستدلال له بدلیل الشرط لو فرض شموله للالتزام الابتدائی ثم إن الظاهر سقوط الخیار بکل لفظ یدل علیه بإحدی الدلالات العرفیة للفحوی المتقدمة و فحوی ما دل علی کفایة بعض الأفعال فی إجازة عقد الفضولی و صدق الإسقاط النافذ بمقتضی ما تقدم من التسلط علی إسقاط الحقوق و علی هذا فلو قال أحدهما أسقطت الخیار من الطرفین فرضی الآخر سقط خیار الراضی أیضا لکون رضاه بإسقاط الآخر خیاره إسقاطا أیضا.

مسألة لو قال أحدهما لصاحبه اختر

فإن اختار المأمور الفسخ فلا إشکال فی انفساخ العقد- و إن اختار الإمضاء ففی سقوط خیار الأمر أیضا مطلقا کما عن المبسوط الأکثر بل عن الخلاف الإجماع علیه أو بشرط إرادته تملیک الخیار لصاحبه و إلا فهو باق مطلقا کما هو ظاهر التذکرة أو مع قید إرادة الاستکشاف دون التفویض و یکون حکم التفویض کالتملیک. أقول و لو سکت فخیار الساکت باق إجماعا و وجهه واضح و أما خیار الأمر ففی بقائه مطلقا أو بشرط عدم إرادة تملیک

المکاسب، ج۳، ص ۲۲۲ الخیار کما هو ظاهر التذکرة أو سقوط خیاره مطلقا کما عن الشیخ أقوال و الأولی أن یقال إن کلمة اختر بحسب وضعه لطلب اختیار المخاطب أحد طرفی العقد من الفسخ و الإمضاء و لیس فیه دلالة علی ما ذکروه من تملیک الخیار أو تفویض الأمر أو استکشاف الحال. نعم الظاهر عرفا من حال الأمر أن داعیه استکشاف حال المخاطب و کأنه فی العرف السابق کان ظاهرا فی تملیک المخاطب أمر الشیء کما یظهر من باب الطلاق فإن تم دلالته حینئذ علی إسقاط الأمر خیاره بذلک و إلا فلا مزیل لخیاره و علیه یحمل علی تقدیر الصحة ما ورد فی ذیل بعض أخبار خیار المجلس أنهما بالخیار ما لم یفترقا أو یقول أحدهما لصاحبه اختر ثم إنه لا إشکال فی أن إسقاط أحدهما خیاره لا یوجب سقوط خیار الآخر و منه یظهر أنه لو أجاز أحدهما و فسخ الآخر انفسخ العقد لأنه مقتضی ثبوت الخیار فکان العقد بعد إجازة أحدهما جائزا من طرف الفاسخ دون المجیز کما لو جعل الخیار من أول الأمر لأحدهما و هذا لیس تعارضا بین الإجازة و الفسخ و ترجیحا له علیها. نعم لو اقتضت الإجازة لزوم العقد من الطرفین کما لو فرض ثبوت الخیار من طرف أحد المتعاقدین أو من طرفهما المتعدد کالأصیل و الوکیل فأجاز أحدهما و فسخ الآخر دفعة واحدة أو تصرف ذو الخیار فی العوضین دفعة واحدة کما لو باع عبدا بجاریة ثم أعتقهما جمیعا حیث إن إعتاق العبد فسخ و إعتاق الجاریة إجازة أو اختلف الورثة فی الفسخ و الإجارة تحقق التعارض و ظاهر العلامة فی جمیع هذه الصور تقدیم الفسخ و لم یظهر له وجه تام و سیجیء الإشارة إلی ذلک فی موضعه.

مسألة من جملة مسقطات الخيار افتراق المتبايعين

اشارة

و لا إشكال في سقوط الخيار به و لا في عدم اعتبار ظهوره في رضاهما بالبيع و إن كان ظاهر بعض الأخبار ذلك مثل قوله: فإذا افترقا فلا خيار لهما بعد الرضا و معنى حدوث افتراقهما المسقط مع كونهما متفرقين حين العقد افتراقهما بالنسبة إلى الهيئة الاجتماعية الحاصلة لهما حين العقد فإذا حصل الافتراق الإضافي و لو بمسماه ارتفع الخيار فلا يعتبر الخطوة و لذا حكي عن جماعة التعبير بأدنى الانتقال و الظاهر أن ذكره في بعض العبارات لبيان أقل الأفراد خصوصا مثل قول الشيخ في الخلاف أقل ما ينقطع به خيار المجلس خطوة مبني على الغالب في الخارج أو في التمثيل لأقل الافتراق فلو تبايعا في سفينتين متلاصقتين كفى مجرد افتراقهما و يظهر من بعض اعتبار الخطوة اغترارا بتمثيل كثير من الأصحاب و عن صريح آخر التأمل و كفاية الخطوة لانصراف الإطلاق إلى أزيد منها فيستصحب الخيار و يؤيده قوله في بعض الروايات: فلما استوجبتها قمت فمشيت خطى ليجب البيع حين افترقنا و فيه منع الانصراف و دلالة الرواية ثم اعلم أن الافتراق على ما عرفت من معناه يحصل بحركة أحدهما و بقاء الآخر في مكانه فلا يعتبر الحركة من الطرفين في صدق افتراقهما فالحركة من أحدهما لا يسمى افتراقا حتى يحصل عدم المصاحبة من الآخر فذات الافتراق من المتحرك و اتصافها بكونها افتراقا من الساكن و لو تحرك كل منهما كان حركة كل منهما افتراقا بملاحظة عدم مصاحبة الآخر و كيف كان فلا يعتبر في الافتراق المسقط حركة كل منهما إلى غير جانب الآخر كما يدل عليه الروايات الحاكية لشراء الإمام ع أرضا و أنه قال: فلما استوجبتها قمت فمشيت خطى ليجب البيع حين افترقنا فأثبت افتراق الطرفين بمشيه ع فقط.

مسألة المعروف أنه لا اعتبار بالافتراق عن إكراه إذا منع من التخاير أيضا

سواء بلغ حد سلب الاختيار أم لا لأصالة بقاء الخيار بعد تبادر الاختيار من الفعل المسند إلى الفاعل المختار مضافا إلى حديث رفع ما استكرهوا عليه و قد تقدم في مسألة اشتراط الاختيار في المتبايعين ما يظهر منه عموم الرفع للحكم الوضعي المحمول على المكلف فلا يختص برفع التكليف هذا و لكن يمكن منع التبادر فإن المتبادر هو الاختياري في مقابل الاضطراري الذي لا يعد فعلا حقيقيا قائما بنفس الفاعل بل يكون صورة فعل قائمة بجسم المضطر لا في مقابل المكره الفاعل بالاختيار لدفع الضرر المتوعد على تركه فإن التبادر ممنوع فإذا دخل الاختياري المكره عليه دخل الاضطراري لعدم القول بالفصل مع أن المعروف بين الأصحاب أن الافتراق و لو اضطرارا مسقط للخيار إذا كان الشخص متمكنا من الفسخ و الإمضاء مستدلين عليه بحصول التفرق المسقط للخيار. قال في المبسوط في تعليل الحكم المذكور لأنه إذا كان متمكنا من الإمضاء و الفسخ فلم يفعل حتى وقع التفرق كان ذلك دليلا على الرضا و الإمضاء انتهى و في جامع المقاصد تعليل الحكم المذكور بقوله لتحقق الافتراق مع التمكن من الاختيار انتهى. و منه يظهر أنه لا وجه للاستدلال بحديث رفع الحكم عن المكره للاعتراف بدخول المكره و المضطر إذا تمكنا من التخاير و الحاصل أن فتوى الأصحاب هي أن التفرق عن إكراه عليه و على ترك التخاير غير مسقط للخيار و أنه لو حصل أحدهما باختياره سقط خياره و هذا لا يصح الاستدلال عليه باختصاص الأدلة بالتفرق الاختياري و لا بأن مقتضى حديث الرفع جعل التفرق للمكره عليه كلا تفرق لأن المفروض أن التفرق الاضطراري أيضا مسقط مع وقوعه في حال التمكن من التخاير فالأولى الاستدلال عليه مضافا إلى الشهرة المحققة الجابرة للإجماع المحكي و إلى أن المتبادر من التفرق ما كان عن رضاء بالعقد سواء وقع اختيارا أو اضطرارا بقوله ص في صحيحة الفضيل: فإذا افترقا فلا خيار بعد الرضا منهما دل على أن الشرط في السقوط الافتراق و الرضا منهما و لا ريب أن الرضا المعتبر ليس إلا المتصل بالتفرق بحيث يكون التفرق عنه إذ لا يعتبر الرضا في زمان آخر إجماعا أو يقال إن قوله بعد الرضا إشارة إلى إناطة السقوط بالرضا بالعقد المستكشف عنه عن افتراقهما فيكون الافتراق مسقطا لكونه كاشفا نوعا عن رضاهما بالعقد و إعراضهما عن الفسخ و على كل

تقدير فيدل على أن المتفرقين و لو اضطرارا إذا كانا متمكنين من الفسخ و لم يفسخا كشف ذلك نوعا عن رضاهما بالعقد فسقط خيارهما فهذا هو الذى استفاده الشيخ قدس سره

المكاسب، ج۳، ص ۲۲۳

كما صرح به فى عبارة المبسوط المتقدمة.

مسألة لو أكره أحدهما على التفرق و منع عن التخاير و بقى الآخر فى المجلس

فإن منع من المصاحبة و التخاير لم يسقط خيار أحدهما لأنهما مكرهان على الافتراق و ترك التخاير فدخل فى المسألة السابقة و إن لم يمنع من المصاحبة ففيه أقوال و توضيح ذلك أن افتراقهما المستند إلى اختيارهما كما عرفت يحصل بحركة أحدهما اختيارا و عدم مصاحبة الآخر كذلك و أن الإكراه على التفرق لا يسقط حكمه ما لم ينضم معه الإكراه على ترك التخاير فحينئذ نقول تحقق الإكراه المسقط فى أحدهما دون الآخر يحصل تارة بإكراه أحدهما على التفرق و ترك التخاير و بقاء الآخر فى المجلس مختارا فى المصاحبة أو التخاير و أخرى بالعكس بإبقاء أحدهما فى المجلس كرها مع المنع عن التخاير و ذهاب الآخر اختيارا و محل الكلام هو الأول و سيتضح به حكم الثانى و الأقوال فيه أربعة سقوط خيارهما كما عن ظاهر المحقق و العلامة و ولده السعيد و السيد العميد و شيخنا الشهيد قدس الله أسرارهم و ثبوته لهما كما عن ظاهر المبسوط و المحقق و الشهيد الثانيين و محتمل الإرشاد و سقوطه فى حق المختار خاصة- و فصل فى التحرير بين بقاء المختار فى المجلس فالثبوت لهما و بين مفارقته فالسقوط عنهما و مبنى الأقوال على أن افتراقهما المجعول غاية لخيارهما هل يتوقف على حصوله عن اختيارهما أو يكفى فيه حصوله عن اختيار أحدهما و على الأول هل يكون اختيار كل منهما مسقطا لخياره أو يتوقف سقوط خيار كل واحد على مجموع اختيارهما فعلى الأول يسقط خيار المختار خاصة كما عن الخلاف و جواهر القاضى و على الثانى يثبت الخياران كما عن ظاهر المبسوط و المحقق و الشهيد الثانيين. و على الثانى فهل يعتبر فى المسقط لخيارهما كونه فعلا وجوديا و حركة صادرة باختيار أحدهما و يكفى كونه تركا اختياريا كالبقاء فى مجلس العقد مختارا فعلى الأول يتوجه التفصيل المصرح به فى التحرير بين بقاء الآخر فى مجلس العقد و ذهابه و على الثانى يسقط الخياران كما عن ظاهر المحقق و العلامة و ولده السعيد و السيد العميد و شيخنا الشهيد. و اعلم أن ظاهر الإيضاح أن قول التحرير ليس قولا مغايرا للثبوت لهما و أن محل الخلاف ما إذا لم يفارق الآخر المجلس اختيارا و إلا سقط خيارهما اتفاقا حيث قال فى شرح قول والده لو حمل أحدهما و منع عن التخاير لم يسقط خياره على إشكال و أما الثابت فإن منع من المصاحبة و التخاير لم يسقط خياره و إلا فالأقرب سقوطه فيسقط خيار الأول انتهى. قال إن هذا مبنى على بقاء الأكوان و عدمه و افتقار الباقى إلى المؤثر و عدمه و إن الافتراق ثبوتى أو عدمى فعلى عدم البقاء أو افتقار الباقى إلى المؤثر يسقط لأنه فعل المفارقة و على القول ببقائها و استغناء الباقى عن المؤثر و ثبوتية الافتراق لم يسقط خياره لأنه لم يفعل شيئا و إن قلنا بعدمية الافتراق و العدم ليس بمعلل فكذلك و إن قلنا إنه يعلل سقط أيضا و الأقرب عندى السقوط لأنه مختار فى المفارقة انتهى. و هذا الكلام و إن نوقش فيه بمنع بناء الأحكام على هذه التدقيقات إلا أنه على كل حال صريح فى أن الباقى لو ذهب اختيارا فلا خلاف فى سقوط خياره و ظاهره كظاهر عبارة القواعد أن سقوط خياره لا ينفك عن سقوط خيار الآخر فينتفى القول المحكى عن الخلاف و الجواهر لكن العبارة المحكية عن الخلاف ظاهرة فى هذا القول قال لو أكرها أو أحدهما على التفرق بالأبدان على وجه يتمكنان من الفسخ و التخاير فلم يفعلا بطل خيارهما أو خيار من تمكن من ذلك و نحوه المحكى عن القاضى فإنه لو لا جواز التفكيك بين الخيارين لاقتصر على قوله بطل خيارهما فتأمل بل حكى هذا القول عن ظاهر التذكرة أو صريحها و فيه تأمل و كيف كان فالأظهر فى بادئ النظر ثبوت الخيارين للأصل- . و ما تقدم من تبادر تفرقهما عن رضا منهما فإن التفرق و إن لم يعتبر كونه اختياريا من الطرفين و لا من أحدهما إلا أن المتبادر رضاهما بالبيع حين التفرق فرضا أحدهما فى المقام و هو الماكث لا- دليل على كفايته فى سقوط خيارهما و لا فى سقوط خيار خصوص التراضى إذ الغاية غاية

للخيارين فإن تحققت سقطا و إلا ثبتا. و يدل عليه ما تقدم من صحيحة الفضيل المصرحة بإناطة سقوط الخيار بالرضا منهما المنفى بانتفاء رضاء أحدهما و لكن يمكن التفصى عن الأصل بصدق تفرقهما و تبادر تقيده بكونه عن رضا كليهما ممنوعة- بل المتيقن اعتبار رضا أحدهما و ظاهر الصحيحة و إن كان اعتبار ذلك إلا أنه معارض بإطلاق ما يستفاد من الرواية السابقة الحاكية لفعل الإمام ع

و أنه قال فمشيت خطى ليجب البيع حين افترقنا جعل مجرد مشيه سببا لصدق الافتراق المجعول غاية للخيار و جعل وجوب البيع علة غائية له من دون اعتبار رضا الآخر أو شعوره بمشى الإمام ع و دعوى انصرافه إلى صورة شعور الآخر و تركه المصاحبة اختيارا ممنوعة و ظاهر الصحيحة و إن كان أخص إلا أن ظهور الرواية فى عدم مدخلية شىء آخر زائدا على مفارقة أحدهما صاحبه مؤيد بالتزام مقتضاه فى غير واحد من المقامات مثل ما إذا مات أحدهما و فارق الآخر اختيارا- فإن الظاهر منهم عدم الخلاف فى سقوط الخيارين و قد قطع به فى جامع المقاصد مستدلا بأنه قد تحقق الافتراق فسقط الخياران مع أن المنسوب إليه ثبوت الخيار لهما فيما نحن فيه و كذا لو فارق أحدهما فى حال نوم الآخر أو غفلته عن مفارقة صاحبه مع تأيد ذلك بنقل الإجماع عن السيد عميد الدين و ظاهر المبنى المتقدم عن الإيضاح أيضا عدم الخلاف فى عدم اعتبار الرضا من الطرفين و إنما الخلاف فى أن البقاء اختيارا مفارقة اختيارية أم لا بل ظاهر القواعد أيضا أن سقوط خيار المكره متفرع على سقوط خيار الماكث من غير إشارة إلى وجود خلاف فى هذا التفريع و هو الذى ينبغى لأن الغاية إن حصلت سقط الخياران و إلا بقيا فتأمل. و عبارة الخلاف المتقدمة و إن كانت ظاهرة فى التفكيك بين المتبايعين فى الخيار إلا إنما ليست بتلك الظهور لاحتمال إرادة سقوط خيار المتمكن من التخاير من حيث تمكنه مع قطع النظر عن حال الآخر فلا ينافى سقوط خيار الآخر لأجل التلازم بين الخيارين من حيث اتحادهما فى الغاية مع أن شمول عبارته

المكاسب، ج۳، ص ۲۲۴

لبعض الصور التى لا يختص بطلان الخيار فيها بالمتمكن مما لا بد منه كما لا يخفى على المتأمل و حملها على ما ذكرنا من إرادة المتمكن لا بشرط إرادة خصوصه فقط أولى من تخصيصها ببعض الصور و لعل نظر الشيخ و القاضى إلى أن الافتراق المستند إلى اختيارهما جعل غاية لسقوط خيار كل منهما فالمستند إلى اختيار أحدهما مسقط لخياره خاصة و هو استنباط حسن لكن لا يساعد عليه ظاهر النص ثم إنه يظهر مما ذكرنا حكم عكس المسألة و هى ما إذا أكره أحدهما على البقاء ممنوعا من التخاير و فارق الآخر اختيارا فإن مقتضى ما تقدم من الإيضاح من مبنى الخلاف عدم الخلاف فى سقوط الخيارين هنا و مقتضى ما ذكرنا من مبنى الأقوال جريان الخلاف هنا أيضا و كيف كان فالحكم بسقوط الخيار عنهما هنا كما لا يخفى

مسألة لو زال الإكراه

فالمحكى عن الشيخ و جماعة- امتداد الخيار بامتداد مجلس الزوال و لعله لأن الافتراق الحاصل بينهما فى حال الإكراه كالمعدوم فكأنهما بعد مجتمعان فى مجلس العقد فالخيار باق. و فيه أن الهيئة الاجتماعية الحاصلة حين العقد قد ارتفعت حسا غاية الأمر عدم ارتفاع حكمها و هو الخيار بسبب الإكراه و لم يجعل مجلس زوال الإكراه بمنزلة مجلس العقد.

و الحاصل أن الباقى بحكم الشرع هو الخيار لا مجلس العقد فالنص ساكت عن غاية هذا الخيار فلا بد إما من القول بالفور كما عن التذكرة- و لعله لأنه المقدار الثابت يقينا لاستدراك حق المتبايعين و إما من القول بالتراخى إلى أن يحصل المسقطات لاستصحاب الخيار و الوجهان جاريان فى كل خيار لم يظهر حاله من الأدلة.

مسألة و من مسقطات هذا الخيار التصرف

على وجه يأتى فى خيارى الحيوان و الشرط ذكره الشيخ فى المبسوط فى خيار المجلس و فى الصرف و العلامة فى التذكرة و نسب إلى جميع من تأخر عنه بل ربما يدعى إطباقهم عليه و حكى عن الخلاف و الجواهر و الكافى و السرائر و لعله لدلالة التعليل فى بعض

أخبار خيار الحيوان و هو الوجه أيضا فى اتفاقهم على سقوط خيار الشرط و إلا فلم يرد فيه نص بالخصوص بل سقوط خيار المشترى بتصرفه مستفاد من نفس تلك الروايـة المعللـة حيث قال: فإن أحـدث المشترى فيما اشترى حدثا قبل الثلاثة أيام فذلك رضا منه فلا شرط فإن المنفى يشمل شرط المجلس و الحيوان فتأمل و تفصيل التصرف المسقط سيجىء إن شاء الله تعالى

الثانى خيار الحيوان

[عموم هذا الخيار لكل ذى حياة]

لا خلاف بين الإمامية- فى ثبوت الخيار فى الحيوان للمشترى و ظاهر النص و الفتوى العموم لكل ذى حياة فيشمل مثل الجراد و الزنبور و السمك و العلق و دود القز و لا يبعد اختصاصه بالحيوان المقصود حياته فى الجملة فمثل السمك المخرج من الماء و الجراد المحرز فى الإناء و شبه ذلك خارج لأنه لا يباع من حيث إنه حيوان بل من حيث إنه لحم و يشكل فيما صار كذلك لعارض كالصيد المشرف على الموت بإصابة السهم أو بجرح الكلب المعلم و على كل حال فلا يعد زهاق روحه تلفا من البائع قبل القبض أو فى زمان الخيار و فى منتهى خياره مع عدم بقائه إلى الثلاثة وجوه

[هل يختص هذا الخيار بالبيع المعين أو يعم الكلى أيضا]

ثم إنه هل يختص هـذا الخيار بالمبيع المعين- كما هو المنساق فى النظر من الإطلاقات مع الاستدلال به فى بعض معاقد الإجماع كما فى التذكرة بالحكمة الغير الجارية فى الكلى الثابت فى الذمة أو يعم الكلى كما هو المتراءى من النص و الفتوى لم أجد مصرحا بأحد الأمرين. نعم يظهر من بعض المعاصرين الأول و لعله الأقوى

و كيف كان فالكلام فيمن له هذا الخيار و فى مدته من حيث المبدأ و المنتهى و مسقطاته يتم برسم مسائل.

مسألة المشهور اختصاص هذا الخيار بالمشترى

حكى عن الشيخين و الصدوقين و الإسكافى و ابن حمزة و الشاميين الخمسة و الحلبيين الستة و معظم المتأخرين و عن الغنية و ظاهر الدروس الإجماع عليه- لعموم قوله ع إذا افترقا وجب البيع خرج المشترى و بقى البائع بل لعموم أوفوا بالعقود بالنسبة إلى ما ليس فيه خيار المجلس بالأصل أو بالاشتراط و يثبت الباقى بعدم القول بالفصل و يدل عليه أيضا ظاهر غير واحد من الأخبار منها صحيحة الفضيل ابن يسار عن أبى عبد الله ع قال: قلت له ما الشرط فى الحيوان قال ثلاثة أيام للمشترى قلت و ما الشرط فى غير الحيوان قال البيعان بالخيار ما لم يفترقا فإذا افترقا فلا خيار بعد الرضا منهما و ظهوره فى اختصاص الخيار بالمشترى و إطلاق نفى الخيار لهما فى بيع غير الحيوان بعد الافتراق يشمل ما إذا كان الثمن حيوانا و يتلوها فى الظهور رواية على بن أسباط عن أبى الحسن الرضا ع قال: الخيار فى الحيوان ثلاثة أيام للمشترى فإن ذكر القيد مع إطلاق الحكم قبيح إلا لنكتة جلية و نحوها صحيحة الحلبى عن أبى عبد الله ع قال فى الحيوان: كله شرط ثلاثة أيام للمشترى و صحيحة ابن رئاب عن أبى عبد الله ع قال: الشرط فى الحيوانات ثلاثة أيام للمشترى و أظهر من الكل صحيحة ابن رئاب المحكية عن قرب الإسناد قال: سألت أبا عبد الله ع عن رجل اشترى جارية لمن الخيار للمشترى أو للبائع و لهما كليهما قال الخيار لمن اشترى نظره ثلاثة أيام فإذا مضت ثلاثة أيام فقد وجب الشراء و عن سيدنا المرتضى قدس سره و ابن طاوس ثبوته للبائع أيضا. و حكى عن الانتصار دعوى الإجماع عليه لأصالة جواز العقد من الطرفين بعد ثبوت خيار المجلس و لصحيحة محمد بن مسلم: المتبايعان بالخيار ثلاثة أيام فى الحيوان و فيما سوى ذلك من بيع حتى يفترقا و بها تخصص عمومات

اللزوم مطلقا أو بعد الافتراق و هی أرجح بحسب السند من صحیحة ابن رئاب المحکیة عن قرب الإسناد و قد صرحوا بترجیح روایة مثل محمد بن مسلم و زرارة و أضرابهما علی غیرهم من الثقات مضافا إلی ورودها فی الکتب الأربعة المرجحة علی مثل قرب الإسناد من الکتب التی یلتفت إلیها أکثر أصحابنا مع بعد غفلتهم عنها أو عن مراجعتها و أما الصحاح الأخر المکافئة سندا لصحیحة ابن مسلم فالإنصاف أن دلالتها بالمفهوم لا تبلغ فی الظهور مرتبة منطوق الصحیحة فیمکن حملها علی بیان الفرد الشدید الحاجة لأن الغالب فی المعاملة خصوصا معاملة الحیوان کون إرادة الفسخ فی طرف المشتری لاطلاعه علی خفایا الحیوان و لا ریب أن الأظهریة فی الدلالة متقدمة فی باب الترجیح علی الأکثریة. و أما ما ذکر فی تأویل

المکاسب، ج۳، ص ۲۲۵

صحیحة ابن مسلم من أن خیار الحیوان للمشتری علی البائع- فکان بین المجموع ففی غایة السقوط و أما الشهرة المحققة فلا تصیر حجة علی السید بل مطلقا بعد العلم بمستند المشهور و عدم احتمال وجود مرجح لم یذکروه و إجماع الغنیة لو سلم رجوعه إلی اختصاص الخیار بالمشتری لا مجرد ثبوته له معارض بإجماع الانتصار الصریح فی ثبوته للبائع و لعله لذا قوی فی المسالک قول السید مع قطع النظر عن الشهرة بل الاتفاق علی خلافه و تبعه علی ذلک فی المفاتیح و توقف فی غایة المراد و حواشی القواعد و تبعه فی المقتصر هذا و لکن الإنصاف أن أخبار المشهور من حیث المجموع لا یقصر ظهورها عن الصحیحة مع اشتهارها بین الرواة حتی محمد بن مسلم الراوی للصحیحة مع أن المرجع بعد التکافؤ عموم أدلة لزوم العقد بالافتراق و المتیقن خروج المشتری فلا ریب فی ضعف هذا القول. نعم هنا قول ثالث لعله أقوی منه و هو ثبوت الخیار لمن انتقل إلیه الحیوان ثمنا أو مثمنا نسب إلی جماعة من المتأخرین منهم الشهید فی المسالک لعموم صحیحة محمد بن مسلم: المتبایعان بالخیار ما لم یفترقا و صاحب الحیوان بالخیار ثلاثة أیام و لا ینافیه تقیید صاحب الحیوان بالمشتری فی موثقة ابن فضال لاحتمال ورود التقیید مورد الغالب لأن الغالب کون صاحب الحیوان مشتریا و لا ینافی هذه الدعوی التمسک بإطلاق صحیحة محمد بن مسلم لأن الغلبة قد یکون بحیث توجب تنزیل التقیید علیها و لا یوجب تنزیل الإطلاق و لا ینافیها أیضا ما دل علی اختصاص الخیار بالمشتری لورودها مورد الغالب من کون الثمن غیر حیوان و لا صحیحة محمد بن مسلم المثبتة للخیار للمتبائعین لإمکان تقییدها و إن کان بعد بما إذا کان العوضان حیوانین لکن الإشکال فی إطلاق الصحیحة الأولی- من جهة قوة انصرافه إلی المشتری فلا مخصص یعتد به لعمومات اللزوم مطلقا أو بعد المجلس فلا محیص عن المشهور

مسألة لا فرق بین الأمة و غیرها فی مدة الخیار

و فی الغنیة کما عن الحلبی أن مدة خیار الأمة مدة استبرائها بل عن الأول دعوی الإجماع- و ربما ینسب هذا إلی المقنعة و النهایة و المراسم من جهة حکمهم بضمان البائع لها مدة الاستبراء و لم أقف لهم علی دلیل- .

مسألة مبدء هذا الخیار من حین العقد

فلو لم یتفرق ثلاثة أیام انقضی خیار الحیوان أو بقی خیار المجلس لظاهر قوله ع: إن الشرط فی الحیوان ثلاثة أیام و فی غیره حتی یفترقا خلافا للمحکی عن ابن زهرة فجعله من حین التفرق و کذا الشیخ و الحلی فی خیار الشرط المتحد مع هذا الخیار فی هذا الحکم من جهة الدلیل الذی ذکراه. قال فی المبسوط الأولی أن یقال إنه یعنی خیار الشرط یثبت من حین التفرق لأن الخیار یدخل إذا ثبت العقد و العقد لم یثبت قبل التفرق انتهی و نحوه المحکی عن السرائر و هذه الدعوی لم نعرفها.

نعم ربما یستدل علیه بأصالة عدم ارتفاعه بانقضاء ثلاثة من حین العقد بل أصالة عدم حدوثه قبل انقضاء المجلس و بلزوم اجتماع

السببين على مسبب واحد و ما دل على أن تلف الحيوان فی الثلاثة من البائع مع أن التلف فی الخيار المشترک من المشترى و يرد الأصل ظاهر الدليل مع أنه بالتقرير الثانی مثبت و أدلة التلف من البائع محمول على الغالب من كونه بعد المجلس و يرد التداخل بأن الخيارين إن اختلفا من حيث الماهية فلا بأس بالتعدد و إن اتحدا فكذلک إما لأن الأسباب معرفات و إما لأنها علل و مؤثرات يتوقف استقلال كل واحد منها فی التأثير على عدم مقارنة الآخر أو سبقه فهی علل تامة إلا من هذه الجهة و هو المراد مما فی التذكرة فی الجواب عن أن الخيارين مثلان فلا يجتمعان من أن الخيار واحد و الجهة متعددة ثم إن المراد بزمان العقد هل زمان مجرد الصيغة كعقد الفضولی على القول بكون الإجازة ناقلة أو زمان الملک و عبر بذلک للغلبة الظاهر هو الثانی كما استظهره بعض المعاصرين قال فعلى هذا لو أسلم حيوانا فی طعام و قلنا بثبوت الخيار لصاحب الحيوان و إن كان بائعا- كان مبدئه بعد القبض و تمثيله بما ذكر مبنی على اختصاص الخيار بالحيوان المعين و قد تقدم التردد فی ذلک ثم إن ما ذكروه فی خيار المجلس من جريانه فی الصرف و لو قبل القبض يدل على أنه لا يعتبر فی الخيار و الملک لكن لا بد له من أثر و قد تقدم الإشكال فی ثبوته فی الصرف قبل القبض لو لم نقل بوجوب التقابض.

مسألة لا إشكال فی دخول الليلتين المتوسطتين فی الثلاثة أيام

لا لدخول الليل فی مفهوم اليوم بل للاستمرار المستفاد من الخارج و لا فی دخول الليالی الثلاث عند التلفيق مع الانكسار و لو عقد فی الليل فالظاهر بقاء الخيار إلى آخر اليوم الثالث و يحتمل النقص عن اليوم الثالث بمقدار ما بقی من ليلة العقد لكن فيه أنه يصدق حينئذ الأقل من ثلاثة أيام و الإطلاق على المقدار المساوی للنهار و لو من الليل خلاف الظاهر قيل و المراد بالأيام الثلاثة ما كانت مع الليالی الثلاث لدخول الليلتين أصالة فتدخل الثالثة و إلا لاختلف مفردات الجمع فی استعمال واحد انتهى فإن أراد الليلة السابقة على الأيام فهو حسن إلا أنه لا يعلل بما ذكر و إن أراد الليلة الأخيرة فلا يلزم من خروجها اختلاف مفردات الجمع فی استعمال واحد إذ لا نقول باستعمال اليومين الأولين فی اليوم و الليلة و استعمال اليوم الثالث فی خصوص النهار بل نقول إن اليوم مستعمل فی خصوص النهار أو مقداره من نهارين لا فی مجموع النهار و الليل أو مقدارهما و لا فی باقی النهار و لو ملفقا من الليل و المراد من الثلاثة أيام هی بلياليها أی ليالی مجموعها لا كل واحد منها فالليالی لم ترد من نفس اللفظ و إنما أريد من جهة الإجماع و ظهور اللفظ الحاكمين فی المقام باستمرار الخيار فكأنه قال الخيار يستمر إلى أن يمضی ست و ثلاثون ساعة من النهار.

مسألة يسقط هذا الخيار بأمور

أحدها اشتراط سقوطه فی العقد

و لو شرط سقوط بعضه فقد صرح بعض بالصحة و لا بأس به.

و الثانی إسقاطه بعد العقد

و قد تقدم الأمران.

و الثالث التصرف

و لا خلاف فی إسقاطه فی الجملة لهذا الخیار و یدل علیه قبل الإجماع النصوص

المکاسب، ج۳، ص ۲۲۶

ففی صحیحة ابن رئاب: فإن أحدث المشتری فیما اشتری حدثا قبل الثلاثة أیام فذلک رضا منه و لا شرط له قیل له و ما الحدث قال إن لامس أو قبل أو نظر منها إلی ما کان محرما علیه قبل الشراء و صحیحة الصفار: کتبت إلی أبی محمد ع فی الرجل اشتری دابة من رجل فأحدث فیها حدثا من أخذ الحافر أو نعلها أو رکب ظهرها فراسخ أ له أن یردها فی الثلاثة الأیام التی له فیها الخیار بعد الحدث الذی یحدث فیها أو الرکوب الذی یرکبها فراسخ فوقع ع إذا أحدث فیها حدثا فقد وجب الشراء إن شاء الله و فی ذیل الصحیحة المتقدمة عن قرب الإسناد قلت له: أ رأیت إن قبلها المشتری أو لامس فقال إذا قبل أو لامس أو نظر منها إلی ما یحرم علی غیره فقد انقضی الشرط و لزم البیع و استدل علیه فی التذکرة بعد الإجماع بأن التصرف دلیل الرضا و فی موضع آخر منها أنه دلیل الرضا بلزوم العقد و فی موضع آخر منها کما فی الغنیة أن التصرف إجازة. أقول المراد بالحدث إن کان مطلق التصرف الذی لا یجوز لغیر المالک إلا برضاه کما یشیر إلیه قوله أو نظر إلی ما کان یحرم علیه قبل الشراء فلازمه کون مطلق استخدام المملوک بل مطلق التصرف فیه مسقطا کما صرح به فی التذکرة فی بیان التصرف المسقط للرد بالعیب من أنه لو استخدمه بشیء خفیف مثل اسقنی أو ناولنی الثوب أو أغلق الباب سقط الرد ثم استضعف قول بعض الشافعیة بعدم السقوط معللا بأن مثل هذه الأمور قد یؤمر به غیر المملوک بأن المسقط مطلق التصرف و قال أیضا لو کان له علی الدابة سرج أو رکاب فترکهما علیهما بطل الرد لأنه استعمال و انتفاع انتهی. و قال فی موضع من التذکرة عندنا أن الاستخدام بل کل تصرف یصدر من المشتری قبل علمه بالعیب أو بعده یمنع الرد انتهی. و هو فی غایة الإشکال لعدم تبادر ما یعم ذلک من لفظ الحدث و عدم دلالة ذلک علی الرضا بلزوم العقد مع أن من المعلوم عدم انفکاک المملوک المشتری عن ذلک فی أثناء الثلاثة فیلزم جعل الخیار فیه کاللغو مع أنهم ذکروا أن الحکمة فی هذا الخیار الاطلاع علی أمور خفیة فی الحیوان توجب زهادة المشتری و کیف یطلع الإنسان علی ذلک بدون النظر إلی الجاریة و لمسها و أمرها بغلق الباب و السقی و شبه ذلک و إن کان المراد مطلق التصرف بشرط دلالته علی الرضا بلزوم العقد کما یرشد إلیه وقوعه فی معرض التعلیل فی صحیحة ابن رئاب. و یظهر من استدلال العلامة و غیره علی المسألة بأن التصرف دلیل الرضا بلزوم العقد فهو لا یناسب إطلاقهم الحکم بإسقاط التصرفات التی ذکروها و دعوی أن جمیعها مما یدل لو خلی و طبعه علی الالتزام بالعقد فیکون إجازة فعلیة کما تری

[المراد من فذلک رضی منه فی صحیحة ابن رئاب]

اشارة

ثم إن قوله ع فی الصحیحة فذلک رضی منه یراد منه الرضا بالعقد فی مقابلة کراهة ضده أعنی الفسخ و إلا فالرضا بأصل الملک مستمر من زمان العقد إلی حین الفسخ و یشهد لهذا المعنی روایة عبد الله بن الحسن بن زید بن علی بن الحسین عن أبیه عن جعفر عن أبیه قال قال رسول الله ص: فی رجل اشتری عبدا بشرط إلی ثلاثة أیام فمات العبد فی الشرط قال یستحلف بالله تعالی ما رضیه ثم بریء من الضمان فإن المراد بالرضا الالتزام بالعقد و الاستحلاف فی الروایة محمولة علی سماع دعوی التهمة أو علی صورة حصول القطع للبائع بذلک إذا عرفت هذا

فقوله ع فذلک رضاء منه و لا شرط له یحتمل وجوها

أحدها أن یکون الجملة جوابا للشرط

فيكون حكما شرعيا بأن التصرف التزام بالعقد و إن لم يكن التزاما عرفا.

الثانی أن يكون توطئة للجواب

و هو قوله و لا شرط له لكنه توطئة لحكمة الحكم و تمهيد لها لا علة حقيقة فيكون إشارة إلى أن الحكمة فی سقوط الخيار بالتصرف دلالته غالبا على الرضا نظير كون الرضا حكمة فی سقوط خيار المجلس بالتفرق فی قوله: فإذا افترقا فلا خيار بعد الرضا منهما فإنه لا يعتبر فی الافتراق دلالة على الرضا و على هذين المعنيين فكل تصرف مسقط و إن علم عدم دلالته على الرضا.

الثالث أن يكون الجملة إخبارا عن الواقع

نظرا إلى الغالب و ملاحظة نوع التصرف لو خلی و طبعه و يكون علة للجواب فيكون نفی الخيار معللا بكون التصرف غالبا دالا على الرضا بلزوم العقد و بعد ملاحظة وجوب تقييد إطلاق الحكم بمؤدی علته كما فی قوله لا تأكل الرمان لأنه حامض دل على اختصاص الحكم بالتصرف الذی يكون كذلك أی دالا- بالنوع غالبا على التزام العقد و إن لم يدل فی شخص المقام فيكون المسقط من التصرف ما كان له ظهور نوعی فی الرضا نظير ظهور الألفاظ فی معانيها مقيدا بعدم قرينة يوجب صرفه عن الدلالة كما إذا دل الحال أو المقال على وقوع التصرف للاختبار أو اشتباها بعين أخرى مملوكة له و يدخل فيه كلما يدل نوعا على الرضا و إن لم يعد تصرفا عرفا كالتعريض للبيع و الإذن للبائع فی التصرف فيه

الرابع أن يكون إخبارا عن الواقع

و يكون العلة هی نفس الرضا الفعلی الشخصی و يكون إطلاق الحكم مقيدا بتلك العلة فيكون موضوع الحكم فی الحقيقة هو نفس الرضا الفعلی فلو لم يثبت الرضا الفعلی لم يسقط الخيار

[المناقشة فی الاحتمالين الأولين]

ثم إن الاحتمالين الأولين و إن كانا موافقين لإطلاق سائر الأخبار و إطلاقات بعض كلماتهم مثل ما تقدم من التذكرة من أن مطلق التصرف لمصلحة نفسه مسقط و كذا غيره كالمحقق و الشهيد الثانيين بل لإطلاق بعض معاقد الإجماع إلا أنهما بعيدان عن ظاهر الخبر مع مخالفتهما لأكثر كلماتهم فإن الظاهر منها عدم السقوط بالتصرف للاختبار و الحفظ- بل ظاهرها اعتبار الدلالة فی الجملة على الرضا كما سيجیء. و يؤيده حكم بعضهم بكفاية الدال على الرضا و إن لم يعد تصرفا كتقبيل الجارية للمشتری على ما صرح به فی التحرير و الدروس فعلم أن العبرة بالرضا و إنما اعتبر التصرف للدلالة و ورود النص أيضا بأن العرض على البيع إجازة مع أنه ليس حدثا عرفا و مما يؤيد عدم إرادة الأصحاب كون التصرف مسقطا إلا من جهة دلالته على الرضا حكمهم بأن كل تصرف يكون إجازة من المشتری فی المبيع يكون فسخا من البائع فلو كان التصرف مسقطا تعبديا عندهم من جهة النص لم يكن وجه للتعدی عن كونه إجازة إلى كونه فسخا.

و قد صرح فی التذكرة بأن الفسخ كالإجازة يكون بالقول و بالفعل و ذكر التصرف مثالا للفسخ و الإجازة الفعليين فاندفع ما يقال فی تقريب كون التصرف

المكاسب، ج۳، ص ۲۲۷

مسقطا لا للدلالة على الرضا بأن الأصحاب يعدونه فی مقابل الإجازة.

[المناقشة فی الاحتمال الرابع]

و أما المعنى الرابع فهو و إن كان أظهر الاحتمالات من حيث اللفظ بل جزم به فى الدروس و يؤيده ما تقدم من رواية عبد الله بن الحسن بن زيد الحاكية للنبوى الدال كما فى الدروس أيضا على الاعتبار بنفس الرضا و ظاهر بعض كلماتهم الآتية أن المستفاد من تتبع الفتاوى الإجماع على عدم إناطة الحكم بالرضا الفعلى بلزوم العقد مع أن أظهريته بالنسبة إلى المعنى الثالث غير واضحة

فتعين إرادة المعنى الثالث

اشارة

و محصله دلالة التصرف لو خلى و طبعه على الالتزام و إن لم يفد فى خصوص المقام فيكون التصرف إجازة فعلية فى مقابل الإجازة القولية و هذا هو الذى ينبغى أن يعتمد عليه.

[الاستشهاد بكلمات الفقهاء عليه]

قال فى المقنعة إن هلاك الحيوان فى الثلاثة من البائع إلا أن يحدث فيه المبتاع حدثا يدل على الرضا بالابتياع انتهى. و مثل للتصرف فى مقام آخر بأن ينظر إلى الأمة إلى ما يحرم لغير المالك. و قال فى المبسوط فى أحكام العيوب إذا كان المبيع بهيمة و أصاب بها عيبا فله ردها و إذا كان فى طريق الرد جاز له ركوبها- و سقيها و علفها و حلبها و أخذ لبنها و إن نتجت كان له نتاجها ثم قال و لا يسقط الرد لأنه إنما يسقط بالرضا بالعيب أو بترك الرد بعد العلم بالعيب أو بأن يحدث فيه عيب عنده و ليس هنا شىء من ذلك انتهى و فى الغنية لو هلك المبيع فى مدة الخيار فهو من مال بائعه إلا أن يكون المبتاع قد أحدث فيه حدثا يدل على الرضا انتهى و قال الحلبى فى الكافى فى خيار الحيوان فإن هلك فى مدة الخيار فهو من مال البائع إلا أن يحدث فيه حدثا يدل على الرضا انتهى و فى السرائر بعد حكمه بالخيار فى الحيوان إلى ثلاثة أيام قال هذا إذا لم يحدث فى هذه المدة حدثا يدل على الرضا و يتصرف فيه تصرفا ينقص قيمته أو يكون لمثل ذلك التصرف أجرة بأن يركب الدابة أو يستعمل الحمار أو يقبل الجارية أو يلامسها أو يدبرها تدبيرا ليس له الرجوع فيه كالمنذور انتهى و قال فى موضع آخر إذا لم يتصرف فيه يؤذن بالرضا فى العادة و أما العلامة رحمه الله فقد عرفت أنه استدل على أصل الحكم بأن التصرف دليل الرضا باللزوم. و قال فى موضع آخر لو ركب الدابة ليردها سواء قصرت المسافة أو طالت لم يكن ذلك رضاء بها ثم قال و لو سقاها الماء أو ركبها ليسقيها ثم يردها لم يكن ذلك رضاء منه بإمساكه و لو حلبها فى طريقه فالأقرب أنه تصرف يؤذن بالرضا. و فى التحرير فى مسألة سقوط رد المعيب بالتصرف قال و كذا لو استعمل المبيع أو تصرف فيه بما يدل على الرضا و قال فى الدروس استثنى بعضهم من التصرف ركوب الدابة و الطحن عليها و حلبها إذ بها يعرف حالها ليختبر و ليس ببعيد و قال المحقق الكركى لو تصرف ذو الخيار غير عالم كأن ظنها جاريته المختصة فتبينت ذات الخيار أو ذهل عن كونها المشتراة ففى الحكم تردد ينشأ من إطلاق الخبر بسقوط الخيار بالتصرف و من أنه غير قاصد إلى لزوم البيع إذ لو علم لم يفعل و التصرف إنما عد مسقطا لدلالته على الرضا باللزوم. و قال فى موضع آخر و لا يعد ركوب الدابة للاستخبار أو لدفع جموحها أو للخوف من ظالم أو ليردها تصرفا ثم قال و هل يعد حملها للاستخبار تصرفا ليس ببعيد أن لا يعد و كذا لو أراد ردها و حلبها لأخذ اللبن على إشكال ينشأ من أنه ملكه فله استخلاصه انتهى. و حكى عنه فى موضع آخر أنه قال و المراد بالتصرف المسقط ما كان المقصود منه التملك لا الاختبار و لا حفظ المبيع كركوب الدابة للسقى انتهى.

و مراده من التملك البقاء عليه و الالتزام به و يحتمل أن يراد به الاستعمال للانتفاع بالملك لا للاختيار و الحفظ هذا ما حضرنى من كلماتهم فى هذا المقام الظاهرة فى المعنى الثالث و حاصله التصرف على وجه يدل عرفا لو خلى و طبعه على الالتزام بالعقد ليكون إسقاطا فعليا للخيار فيخرج منه ما دلت القرينة على وقوعه لا عن الالتزام لكن يبقى الإشكال المتقدم سابقا من أن أكثر أمثلة التصرف

المذكورة فى النصوص و الفتاوى ليست كـذلك بل هى واقعة غالبا مع الغفلة أو التردد أو العزم على الفسخ مطلقا أو إذا اطلع على ما يوجب زهده فيه فهى غير دالة فى نفسها عرفا على الرضا و منه يظهر وجه النظر فى دفع الاستبعاد الذى ذكرناه سابقا من عدم انفكاك اشتراء الحيوان من التصرف فيه فى الثلاثة فيكون مورد الخيار فى غاية الندرة بأن الغالب فى التصرفات وقوعها مع عدم الرضا باللزوم فلا يسقط بها الخيار إذ فيه أن هذا يوجب استهجان تعليل السقوط بمطلق الحدث بأنه رضاء لأن المصحح لهذا التعليل مع العلم بعدم كون بعض أفراده رضاء هو ظهوره فيه عرفا من أجل الغلبة فإذا فرض أن الغالب فى مثل هذه التصرفات وقوعها لا عن التزام للعقد بل مع العزم على الفسخ أو التردد فيه أو الغفلة كان تعليل الحكم على المطلق بهذه العلة الغير الموجودة إلا فى قليل من أفراده مستهجنا.

و أما الاستشهاد لذلك بما سيجىء من أن تصرف البائع فى ثمن بيع الخيار غير مسقط لخياره اتفاقا و ليس ذلك إلا من جهة صدوره لا عن التزام بالعقد بل مع العزم على الفسخ برد مثل الثمن ففيه ما سيجىء. و مما ذكرنا من استهجان التعليل على تقدير كون غالب التصرفات واقعة لا عن التزام يظهر فساد الجمع بهذا الوجه يعنى حمل الأخبار المتقدمة على صورة دلالة التصرفات المذكورة على الرضا بلزوم العقد جمعا بينها و بين ما دل من الأخبار على عدم سقوطه بمجرد التصرف مثل رواية عبد الله بن الحسن المتقدمة التى لم يستفصل فى جوابها بين تصرف المشترى فى العبد المتوفى فى زمان الخيار و عدمه و إنما أنيط سقوط الخيار فيها بالرضا الفعلى و مثل الخبر المصحح: فى رجل اشترى شاة فأمسكها ثلاثة أيام ثم رد قال إن كان تلك الثلاثة أيام شرب لبنها يرد معها ثلاثة أمداد و إن لم يكن لها لبن فليس عليه شىء و نحوه الآخر و ما فيهما من رد ثلاثة أمداد لعله محمول على الاستحباب مع أن ترك العمل به لا يوجب رد الرواية فتأمل. و قد أفتى بذلك فى المبسوط فيما لو باع شاة غير مصراة و حلبها أياما ثم وجد المشترى فيها عيبا ثم قال و قيل ليس له ردها

المكاسب، ج۳، ص ۲۲۸

لأنه تصرف بالحلب. و بالجملة فالجمع بين النص و الفتوى الظاهرين فى كون التصرف مسقطا لدلالته على الرضا بلزوم العقد و بين ما تقدم من التصرفات المذكورة فى كثير من الفتاوى خصوصا ما ذكره غير واحد من الجزم بسقوط الخيار بالركوب فى طريق الرد و التردد فيه و فى التصرف للاستخبار مع العلم بعدم اقترانهما بالرضا بلزوم العقد فى غاية الإشكال و الله العالم بحقيقة الحال

الثالث خيار الشرط

اشارة

أعنى الثابت بسبب اشتراطه فى العقد و لا خلاف فى صحة هذا الشرط و لا فى أنه لا يتقدر بحد عندنا- و نقل الإجماع عليه مستفيض الأصل فيه قبل ذلك الأخبار العامة المسوغة لاشتراط كل شرط إلا ما استثنى و الأخبار الخاصة الواردة فى بعض أفراد المسألة. فمن الأولى الخبر المستفيض الذى لا يبعد دعوى تواتره: إن المسلمين عند شروطهم و يزيد فى صحيحة ابن سنان: إلا كل شرط خالف كتاب الله فلا يجوز. و فى موثقة إسحاق بن عمار: إلا شرطا حرم حلالا أو حلل حراما نعم فى صحيحة أخرى لابن سنان: من اشترط شرطا مخالفا لكتاب الله فلا يجوز على الذى اشترط عليه و المسلمون عند شروطهم فيما وافق كتاب الله لكن المراد منه بقرينة المقابلة عدم المخالفة للإجماع على عدم اعتبار موافقة الشرط لظاهر الكتاب. و تمام الكلام فى معنى هذه الأخبار و توضيح المراد منه الاستثناء الوارد فيها يأتى فى باب الشرط فى ضمن العقد إن شاء الله-

و المقصود هنا بيان أحكام الخيار المشترط فى العقد

اشارة

و هی تظهر برسم مسائل-

مسألة لا فرق بین کون زمان الخیار متصلا بالعقد أو منفصلا عنه

لعموم أدلة الشرط قال فی التذکرة لو شرط خیار الغد صح عندنا خلافا للشافعی و استدل له فی موضع آخر بلزوم صیرورة العقد جائزا بعد اللزوم و رد بعدم المانع من ذلک مع أنه کما فی التذکرة منتقض بخیار التأخیر و خیار الرؤیة. نعم یشترط تعیین المدة فلو تراضیا علی مدة مجهولة کقدوم الحاج بطل بلا خلاف بل حکی الإجماع علیه صریحا لصیرورة المعاملة بذلک غرریة و لا عبرة بمسامحة العرف فی بعض المقامات و إقدام العقلاء علیه أحیانا فإن المستفاد من تتبع أحکام المعاملات عدم رضاء الشارع بذلک إذ کثیرا ما یتفق التشاح فی مثل الساعة و الساعتین من زمان الخیار فضلا من الیوم و الیومین. و بالجملة فالغرر لا ینتفی بمسامحة الناس فی غیر زمان الحاجة إلی المداقة و إلا لم یکن بیع الجزاف و ما تعذر تسلیمه و الثمن المحتمل للتفاوت القلیل و غیر ذلک من الجهالات غررا لتسامح الناس فی غیر مقام الحاجة إلی المداقة فی أکثر الجهالات و لعل هذا مراد بعض الأساطین من قوله إن دائرة الغرر فی الشرع أضیق من دائرته فی العرف و إلا ـ فالغرر لفظ لا یرجع فی معناه إلا إلی العرف. نعم الجهالة التی لا یرجع الأمر معها غالبا إلی التشاح بحیث یکون النادر کالمعدوم لا تعد غررا کتفاوت المکاییل و الموازین. و یشیر إلی ما ذکرنا الأخبار الدالة علی اعتبار کون السلم إلی أجل معلوم و خصوص موثقة غیاث:

لا بأس بالسلم فی کیل معلوم إلی أجل معلوم لا یسلم إلی دیاس أو إلی حصاد مع أن التأجیل إلی الدیاس و الحصاد و شبههما فوق حد الإحصاء بین العقلاء الجاهلین بالشرع و ربما یستدل علی ذلک بأن اشتراط المدة المجهولة مخالف للکتاب و السنة لأنه غرر و فیه أن کون البیع بواسطة الشرط مخالفا للکتاب و السنة غیر کون نفس الشرط مخالفا للکتاب و السنة ففی الثانی یفسد الشرط و یتبعه البیع و فی الأول یفسد البیع فیلغو الشرط اللهم إلا أن یراد أن نفس الالتزام بخیار فی مدة مجهولة غرر و إن لم یکن بیعا فیشمله دلیل نفی الغرر فیکون مخالفا للکتاب و السنة لکن لا ـ یخفی سرایة الغرر إلی البیع فیکون الاستناد فی فساده إلی فساد شرطه المخالف للکتاب کالأکل من القفا.

مسألة لا فرق فی بطلان العقد- بین ذکر المدة المجهولة

کقدوم الحاج و بین عدم ذکر المدة أصلا کأن یقول بعتک علی أن یکون لی الخیار و بین ذکر المدة المطلقة کأن یقول بعتک علی أن یکون لی الخیار مدة لاستواء الکل فی الغرر- خلافا للمحکی عن المقنعة و الانتصار و الخلاف و الجواهر و الغنیة و الحلبی فجعلوا مدة الخیار فی الصورة الثانیة ثلاثة أیام و یحتمل حمل الثالثة علیها- و عن الانتصار و الغنیة و الجواهر الإجماع علیه- و فی محکی الخلاف وجود أخبار الفرقة به و لا شک أن هذه الحکایة بمنزلة إرسال أخبار فیکفی فی انجبارها الإجماعات المنقولة و لذا مال إلیه فی محکی الدروس لکن العلامة فی التذکرة لم یحک هذا القول إلا عن الشیخ قدس سره و أوله بإرادة خیار الحیوان. و عن العلامة الطباطبائی فی مصابیحه الجزم به و قواه بعض المعاصرین منتصرا لهم بما فی مفتاح الکرامة من أنه لیس فی الأدلة ما یخالفه إذ الغرر مندفع بتحدید الشرع و إن لم یعلم به المتعاقدان کخیار الحیوان الذی لا إشکال فی صحة العقد مع الجهل به أو بمدته. و زاد فی مفتاح الکرامة التعلیل بأن الجهل یؤول إلی العلم الحاصل من الشرع و فیه ما تقدم فی مسألة تعذر التسلیم من أن بیع الغرر موضوع عرفی حکم فیه الشارع بالفساد و التحدید بالثلاثة تعبد شرعی لم یقصده المتعاقدان فإن ثبت بالدلیل کان مخصصا لعموم نفی الغرر و

كان التحديد تعبديا نظير التحديد الوارد في بعض الوصايا المبهمة أو يكون حكما شرعيا ثبت في موضوع خاص- و هو إهمال مدة الخيار. و الحاصل أن الدعوى في تخصيص أدلة نفي الغرر لا في تخصصها و الإنصاف أن ما ذكرنا من حكاية الأخبار و نقل الإجماع لا- ينهض لتخصيص قاعدة الغرر لأن الظاهر بقرينة عدم تعرض الشيخ لذكر شيء من هذه الأخبار في كتابيه الموضوعين لإيداع الأخبار أنه عول في هذه الدعوى على اجتهاده في دلالة الأخبار الواردة في شرط الحيوان و لا ريب أن الإجماعات المحكية إنما تجبر قصور السند المرسل المتضح دلالته أو القاصر دلالته لا المرسل المجهول العين المحتمل لعدم الدلالة رأسا فالتعويل حينئذ على نفس الجابر و لا حاجة إلى ضم المنجبر إذ نعلم إجمالا أن المجمعين اعتمدوا على دلالات اجتهادية استنبطوها من الأخبار- و لا ريب أن المستند غالبا في إجماعات القاضي و ابن زهرة إجماع السيد في الانتصار. نعم قد روى في

المكاسب، ج۳، ص ۲۲۹

كتب العامة أن حنان بن منقذ كان يخدع في البيع لشجة أصابته في رأسه فقال له النبي ص: إذا بعت فقل لا خلابة و جعل له الخيار ثلاثا. و في رواية و لك الخيار ثلاثا و الخلابة الخديعة في دلالته فضلا عن سنده ما لا يخفى و جبرها بالإجماعات كما ترى إذ التعويل عليها مع ذهاب المتأخرين إلى خلافها في الخروج عن قاعدة الغرر مشكل بل غير صحيح فالقول بالبطلان لا يخلو عن قوة ثم إنه ربما يقال ببطلان الشرط دون العقد- و لعله مبني على أن فساد الشرط لا يوجب فساد العقد. و فيه أن هذا على القول به فيما إذا لم يوجب الشرط فسادا في أصل البيع كما فيما نحن فيه حيث إن جهالة الشرط يوجب كون البيع غرريا و إلا فالمتجه فساد البيع و لو لم نقل بسراية الفساد من الشرط إلى المشروط و سيجيء تمام الكلام في مسألة الشروط.

مسألة مبدأ هذا الخيار من حين العقد

لأنه المتبادر من الإطلاق و لو كان زمان الخيار منفصلا كان مبدؤه أول جزء من ذلك الزمان فلو شرط خيار الغد كان مبدؤه من طلوع فجر الغد فيجوز جعل مبدئه من انقضاء خيار الحيوان بناء على أن مبدأه من حين العقد و لو جعل مبدأه من حين التفرق بطل لأدائه إلى جهالة مدة الخيار. و عن الشيخ و الحلي أن مبدأه من حين التفرق و قد تقدم عن الشيخ وجهه مع عدم تماميته. نعم يمكن أن يقال هنا إن المتبادر من جعل الخيار جعله في زمان لو لا الخيار لزم العقد كما أشار إليه في السرائر لكن لو تم هذا لاقتضى كونه في الحيوان من حين انقضاء الثلاثة- مع أن هذا إنما يتم مع العلم بثبوت خيار المجلس و إلا فمع الجهل به لا يقصد إلا الجهل من حين العقد بل الحكم بثبوته من حين التفرق حكم على المتعاقدين بخلاف قصدهما

مسألة يصح جعل الخيار لأجنبي

قال في التذكرة لو باع العبد و شرط الخيار للعبد- صح البيع و الشرط عندنا معا و حكى عنه الإجماع في الأجنبي قال لأن العبد بمنزلة الأجنبي و لو جعل الخيار لمتعدد كان كل منهم ذا خيار فإن اختلفوا في الفسخ و الإجارة قدم الفاسخ لأن مرجع الإجازة إلى إسقاط خيار المجيز خاصة بخلاف ما لو وكل جماعة في الخيار فإن النافذ هو تصرف السابق لفوات محل الوكالة بعد ذلك و عن الوسيلة أنه إذا كان الخيار لهما و اجتمعا على فسخ أو إمضاء نفذ و إن لم يجتمعا بطل و إن كان لغيرهما و رضي نفذ البيع و إن لم يرض كان المبتاع بالخيار بين الفسخ و الإمضاء انتهى و في الدروس و يجوز اشتراطه لأجنبي منفردا و لا اعتراض عليه و معهما أو مع أحدهما و لو خولف أمكن اعتبار فعله و إلا لم يكن لذكره فائدة انتهى. أقول و لو لم يمض فسخ الأجنبي مع إجازته و المفروض عدم مضي إجازته مع فسخه لم يكن لذكر الأجنبي فائدة ثم إنه ذكر غير واحد أن الأجنبي يراعي المصلحة للجاعل و لعله لتبادره من الإطلاق و

إلا فمقتضى التحكيم نفوذ حكمه على الجاعل من دون ملاحظة مصلحة فتعليل وجوب مراعاة الأصلح بكونه أمينا لا يخلو عن نظر ثم إنه ربما يتخيل أن اشتراط الخيار للأجنبى مخالف للمشروع نظرا إلى أن الثابت فى الشرع صحة الفسخ بالتفاسخ أو بدخول الخيار بالأصل كخيارى المجلس و الشرط أو بالعارض كخيار الفسخ برد الثمن لنفس المتعاقدين و هو ضعيف لمنع اعتبار كون الفسخ من أحد المتعاقدين شرعا و لا عقلا بل المعتبر فيه تعلق حق الفاسخ بالعقد أو بالعين و إن كان أجنبيا فحينئذ يجوز للمتبائعين اشتراط حق للأجنبى فى العقد و سيجىء نظيره فى إرث الزوجة للخيار مع عدم إرثها من العين.

مسألة يجوز لهما اشتراط الاستيمار

بأن يستأمر المشروط عليه الأجنبى فى أمر العقد فيأتمر بأمره أو بأن يأتمره إذا أمره ابتداء و على الأول فإن فسخ المشروط عليه من دون استيمار لم ينفذ و لو استأمره فإن أمره بالإجازة لم يكن له الفسخ قطعا إذ الغرض من الشرط ليس مجرد الاستيمار بل الالتزام بأمره مع أنه لو كان الغرض مجرد ذلك لم يوجب ذلك أيضا ملك الفسخ و إن أمره بالفسخ لم يجب عليه الفسخ بل غاية الأمر ملك الفسخ حينئذ إذ لا معنى لوجوب الفسخ عليه أما مع عدم رضاء الآخر بالفسخ فواضح إذ المفروض أن الثالث لا سلطنة له على الفسخ و المتعاقدان لا يريدانه و أما مع طلب الآخر للفسخ فلأن وجوب الفسخ حينئذ على المستأمر بالكسر راجع إلى حق لصاحبه عليه فإن اقتضى اشتراط الاستيمار ذلك الحق على صاحبه عرفا فمعناه سلطنة صاحبه على الفسخ فيرجع اشتراط الاستيمار إلى شرط لكل منهما على صاحبه. و الحاصل أن اشتراط الاستيمار من واحد منهما على صاحبه إنما يقتضى ملكه للفسخ إذا أذن له الثالث المستأمر و اشتراطه لكل منهما على صاحبه يقتضى ملك كل واحد منهما للفسخ عند الإذن. و مما ذكرنا يتضح حكم الشق الثانى و هو الائتمار بأمره الابتدائى فإنه إن كان شرطا لأحدهما ملك الفسخ لو أمره به و إن كان لكل منهما ملكا كذلك ثم فى اعتبار مراعاة المستأمر للمصلحة و عدمه وجهان أوجههما العدم إن لم يستفد الاعتبار من إطلاق العقد بقرينة حالية أو مقالية.

مسألة من أفراد خيار الشرط ما يضاف البيع و يقال له بيع الخيار

و هو جائز عندنا كما فى التذكرة و عن غيرها الإجماع عليه و هو أن يبيع شيئا و يشترط الخيار لنفسه مدة بأن يرد الثمن فيها و يرتجع المبيع

و الأصل فيه بعد العمومات المتقدمة فى الشرط النصوص المستفيضة

منها موثقة إسحاق بن عمار

قال سمعت من يسأل أبا عبد الله ع يقول و سأله رجل و أنا عنده فقال: رجل مسلم احتاج إلى بيع داره فمشى فجاء إلى أخيه فقال له أبيعك دارى هذه و يكون لك أحب إلى من أن يكون لغيرك على أن تشترط لى أنى إذا جئتك بثمنها إلى سنة تردها على قال لا بأس بهذا إن جاء بثمنها ردها عليه قلت أ رأيت لو كان للدار غلة لمن تكون الغلة فقال الغلة للمشترى أ لا ترى أنها لو احترقت كانت من ماله

و رواية معاوية بن ميسرة

قال سمعت أبا الجارود: يسأل أبا عبد الله ع عن رجل باع دارا له من رجل و كان بينه و بين الذى اشترى منه الدار خلطة- فشرط أنك إن أتيتنى بمالى ما بين ثلاث سنين فالدار دارك فأتاه بماله قال له أبو الجارود فإن هذا الرجل قد أصاب فى هذا المال فى ثلاث سنين قال هو ماله و قال ع

المكاسب، ج۳، ص ۲۳۰

أ رأيت لو أن الدار احترقت من مال من كانت يكون الدار دار المشترى

و عن سعيد بن يسار

فى الصحيح قال: قلت لأبى عبد الله ع إنا نخالط أناسا من أهل السود أو غيرهم فنبيعهم و نربح عليهم فى العشرة اثنى عشر و ثلاثة عشر و نؤخر ذلك فيما بيننا و بينهم السنة و نحوها و يكتب لنا رجل منهم على داره أو أرضه بذلك المال الذى فيه الفضل الذى أخذ منا شراء بأنه باع و قبض الثمن منه فنعده إن جاء هو بالمال إلى وقت بيننا و بينهم أن ترد عليه الشراء فإن جاء الوقت و لم يأتنا بالدراهم فهو لنا فما ترى فى هذا الشراء قال أرى أنه لك إن لم يفعله و إن جاء بالمال الموقت فرد عليه

و عن أبى الجارود

عن أبى جعفر ع قال: إن بعت رجلا على شرط فإن أتاك بمالك و إلا فالبيع لك.

إذا عرفت هذا

فتوضيح المسألة يتحقق بالكلام فى أمور

الأول أن اعتبار رد الثمن فى هذا الخيار- يتصور على وجوه

أحدها أن يؤخذ قيدا للخيار على وجه التعليق أو التوقيت

فلا خيار قبله و يكون مدة الخيار منفصلة دائما عن العقد و لو بقليل و لا خيار قبل الرد و المراد برد الثمن فعل ماله دخل فى القبض من طرفه و إن أبى المشترى.

الثانى أن يؤخذ قيدا للفسخ

بمعنى أن له الخيار فى كل جزء من المدة المضروبة و التسلط على الفسخ على وجه مقارنته لرد الثمن أو تأخره عنه.

الثالث أن يكون رد الثمن فسخا فعليا

بأن يراد منه تمليك الثمن ليتملك منه المبيع و عليه حمل فى الرياض ظاهر الأخبار الدالة على عود المبيع بمجرد رد الثمن.

الرابع أن يؤخذ رد الثمن قيدا لانفساخ العقد

فمرجع ثبوت الخيار له إلى كونه مسلطا على سبب الانفساخ لا على مباشرة الفسخ و هذا هو الظاهر من رواية معاوية بن ميسرة و يحتمل الثالث كما هو ظاهر روايتى سعيد بن يسار و موثقة إسحاق بن عمار و عنوان المسألة بهذا الوجه هو الظاهر من الغنية حيث لم يذكر هذا القسم من البيع فى الخيار أصلا و إنما ذكره فى أمثلة الشروط الجائزة فى متن العقد قال إن يبيع و يشترط على المشترى إن رد الثمن عليه فى وقت كذا كان المبيع له انتهى.

الخامس أن يكون رد الثمن شرطا لوجوب الإقالة على المشترى

بأن يلتزم المشترى على نفسه أن يقيله إذا جاء بالثمن و استقالة و هو ظاهر الوسيلة حيث قال إذا باع شيئا على أن يقيله فى وقت كذا بمثل الثمن الذى باعه منه لزمته الإقالة إذا جاءه بمثل الثمن فى المدة انتهى فإن أبى أجبره الحاكم أو أقال عنه و إلا استقل بالفسخ و هو محتمل روايتى سعيد بن يسار و إسحاق بن عمار على أن يكون رد المبيع البيع فيهما كناية عن ملزومه و هى الإقالة لا أن يكون وجوب الرد كناية عن تملك البائع للمبيع بمجرد فسخه بعد رد الثمن على ما فهمه الأصحاب و مرجعه إلى أحد الأولين- . و الأظهر فى كثير من العبارات مثل الشرائع و القواعد و التذكرة هو الثانى

[صحة الأنحاء المذكورة عدا الرابع]

لكن الظاهر صحة الاشتراط بكل من الوجوه الخمسة عدا الرابع فإنه فيه إشكالا من جهة أن انفساخ البيع بنفسه بدون إنشاء فعلى أو قولى يشبه انعقاده بنفسه مخالفة المشروع من توقف المسببات على أسبابها الشرعية و سيجىء فى باب الشروط ما يتضح به صحة

ذلک و سقمه.

الأمر الثانی الثمن المشروط رده إما أن یکون فی الذمة و إما أن یکون معینا

و علی کل تقدیر إما أن یکون قد قبضه و إما لم یقبضه فإن لم یقبضه فله الخیار و إن لم یتحقق رد الثمن لأنه شرط علی تقدیر قبضه و إن لم یفسخ حتی انقضت المدة لزم البیع و یحتمل العدم بناء علی أن اشتراط الرد بمنزلة اشتراط القبض قبله و إن قبض الثمن المعین فإما أن یشترط رد عینه أو یشترط رد ما یعم بدله مع عدم التمکن من العین بسبب لا منه أو مطلقا أو و لو مع التمکن منه علی الإشکال من الأخیر من حیث اقتضاء الفسخ شرعا بل لغة رد العین مع الإمکان و فی جواز اشتراط رد القیمة فی المثلی و بالعکس وجهان- و إما أن یطلق فعلی الأول لا- خیار إلا برد العین فلو تلف لا من البائع فالظاهر عدم الخیار- إلا أن یکون إطلاق اشتراط رد العین فی الخیار لإفادة سقوطه بإتلاف البائع فیبقی الخیار فی إتلاف غیره علی حاله و فیه نظر. و علی الثانی فله رد البدل فی موضع صحة الاشتراط. و أما الثالث فمقتضی ظاهر الشرط فیه رد العین و یظهر من إطلاق محکی الدروس و حاشیة الشرائع أن الإطلاق لا یحمل علی العین و یحتمل حمله علی الثمن الکلی و سیأتی و إن کان الثمن کلیا فإن کان فی ذمة البائع کما هو مضمون روایة سعید بن یسار المتقدمة فرده بأداء ما فی الذمة سواء قلنا إنه عین الثمن أو بدله من حیث إن ما فی ذمة البائع سقط عنه بصیرورته ملکا له فکأنه تلف المراد برده المشترط رد بدله و إن لم یکن الثمن فی ذمة البائع و قبضه فإن شرط رد ذلک الفرد المقبوض أو رد مثله بأحد الوجوه المتقدمة فالحکم علی مقتضی الشرط و إن أطلق فالمتبادر بحکم الغلبة فی هذا القسم من البیع المشتهر ببیع الخیار هو رد ما یعم البدل إما مطلقا أو مع فقد العین و یدل علیه صریحا بعض الأخبار المتقدمة إلا أن المتیقن منها صورة فقد العین.

الأمر الثالث [هل یکفی مجرد رد الثمن فی الفسخ]

قیل ظاهر الأصحاب بناء علی ما تقدم من أن رد الثمن فی هذا البیع عندهم مقدمة لفسخ البائع أنه لا یکفی مجرد الرد فی الفسخ و صرح به فی الدروس و غیره و لعل منشأ الظهور أن هذا القسم فرد من خیار الشرط مع اعتبار شیء زائد فیه و هو رد الثمن و عللوا ذلک أیضا بأن الرد من حیث هو لا یدل علی الفسخ أصلا و هو حسن مع عدم الدلالة أما لو فرض الدلالة عرفا إما بأن یفهم منه کونه تملیکا للثمن من المشتری لیتملک منه المبیع علی وجه المعاطاة و إما بأن یدل الرد بنفسه علی الرضا بکون المبیع ملکا له و الثمن ملکا للمشتری فلا وجه لعدم الکفایة مع اعترافهم بتحقق الفسخ فیما هو أخفی من ذلک دلالة و ما قیل من أن الرد یدل علی إرادة الفسخ و الإرادة غیر المراد ففیه أن المدعی دلالته علی إرادة کون المبیع ملکا له و الثمن ملکا للمشتری و لا یعتبر فی الفسخ الفعلی أزید من هذا مع أن ظاهر الأخبار کفایة الرد فی وجوب رد المبیع بل قد عرفت فی روایة معاویة بن میسرة حصول تملک المبیع برد الثمن فیحمل علی تحقق الفسخ الفعلی به.

الأمر الرابع- یسقط هذا الخیار بإسقاطه بعد العقد

علی الوجه الثانی من الوجهین الأولین بل و علی الوجه الأول بناء علی أن تحقق السبب و هو العقد کاف فی صحة إسقاط الحق- لکن مقتضی ما صرح به فی التذکرة من أنه لا یجوز إسقاط خیار الشرط أو الحیوان

المکاسب، ج۳، ص ۲۳۱

بعد العقد بناء علی حدوثهما من زمان التفرق عدم الجواز أیضا إلا أن یفرق هنا بأن المشروط له مالک للخیار قبل الرد و لو من حیث تملکه للرد الموجب له فله إسقاطه بخلاف ما فی التذکرة و یسقط أیضا بانقضاء المدة و عدم رد الثمن أو بدله مع الشرط أو مطلقا علی التفصیل المتقدم و لو تبین المردود من غیر الجنس فلا رد و لو ظهر معیبا کفی فی الرد و له الاستبدال و یسقط أیضا بالتصرف فی الثمن المعین مع اشتراط رد العین أو حمل الإطلاق علیه و کذا الفرد المدفوع من الثمن الکلی إذا حمل الإطلاق علی اعتبار رد عین المدفوع کل ذلک لإطلاق ما دل علی أن تصرف ذی الخیار- فیما انتقل إلیه رضاء بالعقد و لا خیار و قد عمل الأصحاب بذلک فی غیر مورد النص کخیاری المجلس و الشرط. و المحکی عن المحقق الأردبیلی و صاحب الکفایة- أن الظاهر عدم سقوط هذا

الخيار بالتصرف فی الثمن لأن المدار فی هذا الخيار عليه لأنه شرع لانتفاع البائع بالثمن فلو سقط الخيار سقط الفائدة و للموثق المتقدم المفروض فی مورده تصرف البائع فی الثمن و بيع الدار لأجل ذلك و المحكی عن العلامة الطباطبائی فی مصابيحه الرد علی ذلك بعد الطعن عليه بمخالفته لما عليه الأصحاب بما محصله أن التصرف المسقط ما وقع فی زمان الخيار و لا خيار إلا بعد الرد و لا ينافی شیء مما ذكر لزومه بالتصرف بعد الرد لأن ذلك منه بعده لا قبله و إن كان قادرا علی إيجاد سببه فيه إذ المدار علی الفعل لا علی القوة علی أنه لا يتم فيما اشترط فيه الرد فی وقت منفصل عن العقد كيوم بعد سنة مثلا انتهی محصل كلامه و ناقش بعض من تأخر عنه فيما ذكره من كون حدوث الخيار بعد الرد لا قبله بأن ذلك يقتضی جهالة مبدء الخيار و بأن الظاهر من إطلاق العرف و تضعيف كثير من الأصحاب قول الشيخ بتوقف الملك علی انقضاء الخيار ببعض الأخبار المتقدمة فی هذه المسألة الدالة علی أن غلة المبيع للمشتری هو كون مجموع المدة زمان الخيار انتهی. أقول فی أصل الاستظهار المتقدم و الرد المذكور عن المصابيح و المناقشة علی الرد نظر أما الأول فلأنه لا مخصص لدليل سقوط الخيار بالتصرف المنسحب فی غير مورد النص عليه باتفاق الأصحاب و أما بناء هذا العقد علی التصرف فهو من جهة أن الغالب المتعارف البيع بالثمن الكلی و ظاهر الحال فيه كفاية رد مثل الثمن و لذا قوينا حمل الإطلاق فی هذه الصورة علی ما يعم البدل و حينئذ فلا يكون التصرف فی عين الفرد المدفوع دليلا علی الرضا بلزوم العقد إذ لا منافاة بين فسخ العقد و صحة هذا التصرف و استمراره و هو مورد الموثق المتقدم أو منصرف إطلاقه أو من جهة تواطؤ المتعاقدين علی ثبوت الخيار مع التصرف أيضا أو للعلم بعدم الالتزام بالعقد بمجرد التصرف فی الثمن و قد مر أن السقوط بالتصرف ليس تعبدا شرعيا مطلقا حتی المقرون منه بعدم الرضا بلزوم العقد. و أما الثانی فلأن المستفاد من النص و الفتوی كما عرفت كون التصرف مسقطا فعليا كالقولی يسقط الخيار فی كل مقام يصح إسقاطه بالقول و الظاهر عدم الإشكال فی جواز إسقاط الخيار قولا قبل الرد هذا مع أن حدوث الخيار بعد الرد مبنی علی الوجه الأول المتقدم من الوجوه الخمسة فی مدخلية الرد فی الخيار و لا دليل علی تعينه فی بيع الخيار المتعارف بين الناس بل الظاهر من عبارة غير واحد هو الثانی أو نقول إن المتبع مدلول الجملة الشرطية الواقعة فی متن العقد فقد يؤخذ الرد فيها قيدا للخيار و قد يؤخذ قيدا للفسخ. نعم لو جعل الخيار و الرد فی جزء معين من المدة كيوم بعد السنة كان التصرف قبله تصرفا مع لزوم العقد و جاء فيه الإشكال فی صحة الإسقاط هنا و لو قولا من عدم تحقق الخيار و من تحقق سببه. و أما المناقشة فی تحديد مبدأ الخيار بالرد بلزوم جهالة مدة الخيار ففيه أنها لا تقدح مع تحديد زمان التسلط علی الرد و الفسخ بعده إنشاء. نعم ذكر فی التذكرة أنه لا يجوز اشتراط الخيار من حين التفرق إذا جعلنا مبدأه عند الإطلاق من حين العقد لكن الفرق يظهر بالتأمل و أما الاستشهاد عليه بحكم العرف ففيه أن زمان الخيار عرفا لا يراد به إلا ما كان الخيار متحققا فيه شرعا أو بجعل المتعاقدين و المفروض أن الخيار هنا جعلی فالشك فی تحقق الخيار قبل الرد بجعل المتعاقدين و أما ما ذكره بعض الأصحاب فی رد الشيخ من بعض أخبار

المسألة فلعلهم فهموا من مذهبه توقف الملك علی انقضاء زمان الخيار مطلقا حتی المنفصل كما لا يبعد عن إطلاق كلامه و إطلاق ما استدل له به من الأخبار.

الأمر الخامس لو تلف المبيع كان من المشتری

سواء كان قبل الرد أو بعده و نماؤه أيضا له مطلقا و الظاهر عدم سقوط خيار البائع فيسترد المثل أو القيمة برد الثمن أو بدله و يحتمل عدم الخيار بناء علی أن مورد هذا الخيار هو إلزام أن له رد الثمن و ارتجاع البيع و ظاهره اعتبار بقاء المبيع فی ذلك فلا خيار مع تلفه ثم إنه لا تنافی بين شرطية البقاء و عدم جواز تفويت الشرط فلا يجوز للمشتری إتلاف المبيع كما سيجیء فی أحكام الخيار لأن غرض البائع من الخيار استرداد عين ماله و لا يتم إلا بالتزام إبقائه للبائع و لو تلف الثمن فإن كان بعد الرد و قبل الفسخ فمقتضی ما سيجیء من أن التلف فی زمان الخيار ممن لا خيار له كونه من المشتری و إن كان ملكا للبائع إلا أن يمنع شمول تلك القاعدة للثمن و يدعی اختصاصها بالمبيع- كما ذكره بعض المعاصرين و استظهره من رواية معاوية بن ميسرة المتقدمة و لم أعرف وجه الاستظهار

إذ ليس فيها إلا أن نماء الثمن للبائع و تلف المبيع من المشتري و هما إجماعيان حتى في مورد كون التلف ممن لا خيار له فلا حاجة لهما إلى تلك الرواية و لا يكون الرواية مخالفة للقاعدة و إنما المخالف لها هي قاعدة أن الخراج بالضمان إذا انضمت إلى الإجماع لى كون النماء للمالك. نعم الإشكال في عموم تلك القاعدة للثمن كعمومها لجميع أفراد الخيار لكن الظاهر من إطلاق غير واحد عموم القاعدة للثمن و اختصاصها بالخيارات الثلاثة أعني خيار المجلس و الشرط و الحيوان و سيجيء الكلام في أحكام الخيار و إن كان التلف قبل الرد فمن البائع بناء على عدم ثبوت الخيار

المكاسب، ج۳، ص ۲۳۲

قبل الرد و فيه ما عرفت من منع المبنى منع البناء فإن دليل ضمان من لا خيار له مال صاحبه و هو تزلزل البيع سواء كان بخيار متصل أو بمنفصل كما يقتضيه أخبار تلك المسألة كما سيجيء ثم إن قلنا بأن تلف الثمن من المشتري انفسخ البيع و إن قلنا بأنه من البائع فالظاهر بقاء الخيار فيرد البدل و يرتجع المبيع.

الأمر السادس لا إشكال في القدرة على الفسخ برد الثمن على نفس المشتري أو برده على وكيله المطلق أو الحاكم أو العدول مع التصريح بذلك في العقد و إن كان المشروط هو رده إلى المشتري مع عدم التصريح ببدله فامتنع رده إليه عقلا لغيبة و نحوها أو شرعا لجنون و نحوه ففي حصول الشرط برده إلى الحاكم كما اختاره المحقق القمي في بعض أجوبة مسائله و عدمه كما اختاره سيد مشايخنا في مناهله قولان و ربما يظهر من صاحب الحدائق الاتفاق على عدم لزوم رد الثمن إلى المشتري مع غيبته حيث إنه بعد نقل قول المشهور بعدم اعتبار حضور الخصم في فسخ ذي الخيار و أنه لا اعتبار بالإشهاد خلافا لبعض علمائنا قال إن ظاهر الرواية اعتبار حضور المشتري ليفسخ البائع بعد دفع الثمن إليه فما ذكروه من جواز الفسخ مع عدم حضور المشتري و جعل الثمن أمانة إلى أن يجيء المشتري و إن كان ظاهرهم الاتفاق عليه إلا أنه بعيد عن مساق الأخبار المذكورة انتهى. أقول لم أجد فيما رأيت من تعرض الحكم رد الثمن مع غيبة المشتري في هذا الخيار و لم يظهر منهم جواز الفسخ بجعل الثمن أمانة عند البائع حتى يحضر المشتري و ذكرهم لعدم اعتبار حضور الخصم في فسخ ذي الخيار إنما هو لبيان حال الفسخ من حيث هو في مقابل العامة و بعض الخاصة حيث اشترطوا في الفسخ بالخيار حضور الخصم و لا تنافي بينه و بين اعتبار حضوره لتحقق شرط آخر للفسخ و هو رد الثمن إلى المشتري مع أن ما ذكره من أخبار المسألة- لا يدل على اعتبار حضور الخصم في الفسخ و إن كان موردها صورة حضوره لأجل تحقق الرد إلا أن الفسخ قد يتأخر عن الرد بزمان بناء على مغايرة الفسخ للرد و عدم الاكتفاء به عنه. نعم لو قلنا بحصول الفسخ بالرد اختص موردها بحضور الخصم لكن الأصحاب لم ينكروا اعتبار الحضور في هذا الخيار خصوصا لو فرض قولهم بحصول الفسخ بمجرد رد الثمن فافهم و كيف كان فالأقوى فيما لم يصرح باشتراط الرد إلى خصوص المشتري هو قيام الولي مقامه لأن الظاهر من الرد إلى المشتري حصوله عنده و تملكه له حتى لا يبقى الثمن في ذمة البائع بعد الفسخ و لذا لو دفع إلى وارث المشتري كفى و كذا لو رد وارث البائع مع أن المصرح به في العقد رد البائع و ليس ذلك لأجل إرثه للخيار لأن ذلك متفرع على عدم مدخلية خصوص البائع في الرد و كذا الكلام في وليه و دعوى أن الحاكم إنما يتصرف في مال الغائب- على وجه الحفظ و المصلحة و الثمن قبل رده باق على ملك البائع و قبضه عنه الموجب لسلطنة البائع على الفسخ قد لا يكون مصلحة للغائب أو شبهه فلا يكون وليا في القبض فلا يحصل ملك المشتري المدفوع بعد الفسخ مدفوعة بأن هذا ليس تصرفا اختياريا من قبل الولي حتى يناط بالمصلحة بل البائع حيث وجد من هو منصوب شرعا لحفظ مال الغائب صح له الفسخ إذ لا يعتبر فيه قبول المشتري أو وليه للثمن حتى يقال إن ولايته في القبول متوقفة على المصلحة بل المعتبر تمكين المشتري أو وليه منه إذا حصل الفسخ. و مما ذكرنا يظهر جواز الفسخ برد الثمن- إلى عدول المؤمنين ليحفظوها حسبة عن الغائب و شبهه و لو اشترى الأب للطفل بخيار البائع فهل يصح له الفسخ مع رد الثمن إلى الولي الآخر أعني الجد مطلقا أو مع عدم التمكن من الرد إلى الأب أو لا وجوه و يجري مثلها فيما لو اشترى الحاكم للصغير فرد البائع إلى حاكم آخر و ليس في قبول الحاكم الآخر مزاحمة للأول حتى لا يجوز قبوله للثمن و لا يجري ولايته بالنسبة إلى هذه المعاملة بناء على عدم جواز

مزاحمة حاکم لحاکم آخر فی مثل هذه الأمور لما عرفت من أن أخذ الثمن من البائع لیس تصرفا اختیاریا بل البائع إذا وجد من یجوز أن یتملک الثمن عن المشتری عند فسخه جاز له الفسخ و لیس فی مجرد تملک الحاکم الثانی الثمن عن المشتری مزاحمة للحاکم الأول غایة الأمر وجوب دفعه إلیه مع احتمال عدم الوجوب لأن هذا ملک جدید للصغیر لم یتصرف فیه الحاکم الأول فلا مزاحمة لکن الأظهر أنها مزاحمة عرفا.

الأمر السابع إذا أطلق اشتراط الفسخ برد الثمن- لم یکن له ذلک إلا برد الجمیع

فلو رد بعضه لم یکن له الفسخ و لیس للمشتری التصرف فی المدفوع إلیه لبقائه علی ملک البائع و الظاهر أنه ضامن له لو تلف إذا دفعه إلیه علی وجه التمنیة إلا أن یصرح بکونها أمانة عنده إلی أن یجتمع قدر الثمن فینفسخ البائع و لو شرط البائع الفسخ فی کل جزء برد ما یخصه من الثمن جاز الفسخ فیما قابل المدفوع و للمشتری خیار التبعیض إذا لم یفسخ البائع بقیة المبیع و خرجت المدة و هل له ذلک قبل خروجها الوجه ذلک و یجوز اشتراط الفسخ فی الکل برد جزء معین من الثمن فی المدة بل بجزء غیر معین فیبقی الباقی فی ذمة البائع بعد الفسخ.

الأمر الثامن کما یجوز للبائع اشتراط الفسخ برد الثمن کذا یجوز للمشتری اشتراط الفسخ برد المثمن

و لا إشکال فی انصراف الإطلاق إلی العین و لا فی جواز التصریح برد بدله مع تلفه لأن مرجعه إلی اشتراط الخیار برد المبیع مع وجوده و بدله مع تلفه و عدم بقاء مال البائع عند المشتری بعد الفسخ و فی جواز اشتراط رد بدله و لو مع التمکن من العین إشکال من أنه خلاف مقتضی الفسخ لأن مقتضاه رجوع کل من العوضین إلی صاحبه فاشتراط البدل اشتراط للفسخ علی وجه غیر مشروع بل لیس فسخا فی الحقیقة. نعم لو اشترط رد التالف بالمثل فی القیمی و بالقیمة فی المثلی أمکن الجواز لأنه بمنزلة اشتراط إیفاء ما فی الذمة بغیر جنسه لا اشتراط ضمان التالف المثلی بالقیمة و القیمی بالمثل و لا اشتراط رجوع غیر ما اقتضاه العقد إلی البائع فتأمل و یجوز اشتراط الفسخ لکل منهما برد ما انتقل إلیه أو بدله و الله العالم.

مسألة لا إشکال و لا خلاف- فی عدم اختصاص خیار الشرط بالبیع- و جریانه فی کل معاوضة لازمة

اشارة

المکاسب، ج۳، ص ۲۳۳

کالإجارة و الصلح و المزارعة و المساقاة بل قال فی التذکرة الأقرب عندی دخول خیار الشرط فی کل عقد معاوضة خلافا للجمهور. و مراده ما یکون لازما لأنه صرح بعدم دخوله فی الوکالة و الجعالة و القراض و العاریة و الودیعة لأن الخیار لکل منهما دائما فلا معنی لدخول خیار الشرط فیه.

و الأصل فی ما ذکر عموم المؤمنون عند شروطهم

بل الظاهر المصرح به فی کلمات جماعة دخوله فی غیر المعاوضات من العقود اللازمة و لو من طرف واحد بل إطلاقها یشمل العقود الجائزة إلا أن یدعی من الخارج عدم معنی للخیار فی العقد الجائز و لو من الطرف الواحد. فعن الشرائع و الإرشاد و الدروس و تعلیق الإرشاد و مجمع البرهان و الکفایة دخول خیار الشرط فی کل عقد سوی النکاح و الوقف و الإبراء و الطلاق و العتق و ظاهرها ما عدا الجائز و لذا ذکر نحو هذه العبارة فی التحریر بعد ما منع الخیار فی العقود الجائزة و کیف کان فالظاهر عدم الخلاف بینهم فی أن مقتضی عموم أدلة الشرط الصحة فی الکل و إنما الإخراج لمانع. و لذا قال فی الدروس بعد حکایة المنع من دخول خیار الشرط فی الصرف عن الشیخ قدس سره أنه لم یعلم وجهه مع عموم صحیحة ابن سنان المؤمنون عند شروطهم

فالمهم هنا بیان ما خرج عن هذا العموم

اشارة

فنقول

أما الإیقاعات

فالظاهر عـدم الخلاف فی عدم دخول الخیار فیها کما یرشد إلیه اسـتدلال الحلی فی السـرائر علی عدم دخوله فی الطلاق بخروجه عن العقود قیل لأن المفهوم من الشـرط ما کان بین اثنین کما ینبه علیه جملـهٔ من الأخبار و الإیقاع إنما یقوم بواحـد و فیه أن المسـتفاد من الأخبـار کون الشـرط قائمـا بشخصـین المشـروط له و المشـروط علیه لا- کونه متوقفـا علی الإیجاب و القبول أ لا تری أنهم جوزوا أن یشترط فی إعتاق العبـد خدمـهٔ مدهٔ تمسـکا بعموم المؤمنون عند شـروطهم. غایهٔ الأمر توقف لزومه کاشتراط مال علی العبد علی قبول العبـد علی قول بعض لکن هـذا غیر اشتراط وقوع الشـرط بین الإیجاب و القبول فالأولی الاسـتدلال علیه مضافا إلی إمکان منع صـدق الشرط و انصرافه خصوصا علی ما تقدم عن القاموس بعدم مشروعیهٔ الفسخ فی الإیقاعات حتی تقبل لاشتراط التسلط علی الفسخ فیها. و الرجوع فی العدهٔ لیس فسـخا للطلاق بل هو حکم شـرعی فی بعض أقسامه لا یقبل الثبوت فی غیر مورده بل و لا السقوط فی مورده و مرجع هـذا إلی أن مشـروعیهٔ الفسـخ لا- بـد لها من دلیل و قـد وجـد فی العقود من جهـهٔ مشـروعیهٔ الإقالـهٔ و ثبوت خیار المجلس و الحیوان و غیرهما فی بعضـها بخلاف الإیقاعات فإنه لم یعهد من الشارع تجویز نقض أثرها بعد وقوعها حتی یصح اشتراط ذلک فیها. و بالجملهٔ فالشـرط لا یجعل غیر السبب الشرعی سببا فإذا لم یعلم کون الفسخ سببا لارتفاع الإیقاع أو علم عدمه بناء علی أن اللزوم فی الإیقاعات حکم شرعی کالجواز فی العقود الجائزهٔ فلا یصیر سببا باشتراط التسلط علیه فی متن الإیقاع هذا کله مضافا إلی الإجماع عن المبسوط و نفی الخلاـف عن السـرائر علی عـدم دخوله فی العتق و الطلاـق و إجماع المسالک علی عـدم دخوله فی العتق و الإبراء. و مما ذکرنا فی الإیقاع یمکن أن یمنع دخول الخیار فیما تضـمن الإیقاع- و لو کان عقدا کالصلح المفید فائدهٔ الإبراء کما فی التحریر و جـامع المقاصـد و فی غایـهٔ المرام أن الصـلح إن وقع معاوضـهٔ دخله خیـار الشـرط و إن وقع عما فی الذمـهٔ مع جهالته أو علی إسـقاط الـدعوی قبل ثبوتها لم یـدخله لأن مشـروعیته لقطع المنازعـهٔ فقط و اشتراط الخیار لعود الخصومهٔ ینافی مشـروعیته و کل شـرط ینافی مشـروعیهٔ العقـد غیر لازم انتهی. و الکبری المذکورهٔ فی کلامه راجعهٔ إلی ما ذکرنا فی وجه المنع عن الإیقاعات و لا أقل من الشـک فی ذلک الراجع إلی الشک فی سببیهٔ الفسخ لرفع الإیقاع.

و أما العقود

اشارة

فمنها ما لا یدخله اتفاقا و منها ما اختلف فیه و منها ما یدخله اتفاقا.

فالأول النکاح

فإنه لا یدخله اتفاقا کما عن الخلاف و المبسوط و السرائر و جامع المقاصد و المسالک الإجماع علیه و لعله لتوقف ارتفاعه شرعا علی الطلاق و عدم مشروعیهٔ التقایل فیه.

و من الثانی الوقف

فإن المشهور عدم دخوله فيه و عن المسالك أنه موضع وفاق و يظهر من محكى السرائر و الدروس وجود الخلاف فيه و ربما علل باشتراط القربة فيه و أنه فك ملك بغير عوض و الكبرى فى الصغريين ممنوعة. و يمكن الاستدلال له بالموثقة المذكورة فى مسألة شرط الواقف كونه أحق بالوقف عند الحاجة- و هى قوله ع: من أوقف أرضا ثم قال إن احتجت إليها فأنا أحق بها ثم مات الرجل فإنها ترجع فى الميراث و قريب منها غيرها و فى دلالتها على المدعى تأمل. و يظهر من المحكى عن المشايخ الثلاثة فى تلك المسألة- تجويز اشتراط الخيار فى الوقف و لعله المخالف الذى أشير إليه فى محكى السرائر و الدروس. و أما حكم الصدقة فالظاهر أنه حكم الوقف قال فى التذكرة فى باب الوقف إنه يشترط فى الوقف الإلزام فلا يقع لو شرط الخيار فيه لنفسه و يكون الوقف باطلا كالعتق و الصدقة انتهى. لكن قال فى باب خيار الشرط أما الهبة المقبوضة فإن كانت لأجنبى غير معوض عنها و لا قصد بها القربة و لا تصرف المتهب يجوز للواهب الرجوع فيها و إن اختل أحد القيود لزمت و هل يدخلها خيار الشرط الأقرب ذلك انتهى. و ظاهره دخول الخيار فى الهبة اللازمة حتى الصدقة و كيف كان فالأقوى عدم دخوله فيها لعموم ما دل على أنه لا يرجع فيما كان لله- بناء على أن المستفاد منه كون اللزوم حكما شرعيا لماهية الصدقة نظير الجواز للعقود الجائزة و لو شك فى ذلك كفى فى عدم سببية الفسخ التى يتوقف صحة اشتراط الخيار عليها و توهم إمكان إثبات السببية بنفس دليل الشرط واضح الاندفاع. و منه الصلح فإن الظاهر المصرح به فى كلام جماعة كالعلامة فى التذكرة دخول الخيار فيه مطلقا بل عن المهذب البارع فى باب الصلح الإجماع على دخوله فيه بقول مطلق و ظاهر المبسوط كالمحكى عن الخلاف عدم دخوله فيه مطلقا و قد تقدم التفصيل عن التحرير- و جامع المقاصد و غاية المرام و لا يخلو عن قرب لما تقدم من الشك فى سببية الفسخ لرفع الإبراء أو ما

المكاسب، ج۳، ص ۲۳۴

يفيد فائدته. و منه الضمان فإن المحكى عن ضمان التذكرة و القواعد عدم دخول خيار الشرط فيه و هو ظاهر المبسوط و الأقوى دخوله فيه لو قلنا بالتقايل فيه. و منه الرهن فإن المصرح به فى غاية المرام عدم ثبوت الخيار للراهن لأن الرهن وثيقة للدين و الخيار ينافى الاستيثاق و لعله لذا استشكل فى التحرير و هو ظاهر المبسوط و مرجعه إلى أن مقتضى طبيعة الرهن شرعا بل عرفا كونها وثيقة و الخيار مناف لذلك و فيه أن غاية الأمر كون وضعه على اللزوم فلا ينافى جواز جعل الخيار بتراضى الطرفين. و منه الصرف فإن صريح المبسوط و الغنية و السرائر عدم دخول خيار الشرط فيه مدعين على ذلك الإجماع و لعله لما ذكره فى التذكرة للشافعى المانع عن دخوله فى الصرف و السلم من أن المقصود من اعتبار التقابض فيهما أن يفترقا و لا يبقى بينهما علقة و لو أثبتنا الخيار بقيت العلقة و الملازمة ممنوعة كما فى التذكرة و لذا جزم فيها بدخوله فى الصرف و إن استشكله أولا كما فى القواعد.

و من الثالث أقسام البيع ما عدا الصرف و مطلق الإجارة و المزارعة و المساقاة

و غير ما ذكر من موارد الخلاف فإن الظاهر عدم الخلاف فيها.

[هل يدخل خيار الشرط فى القسمة]

و اعلم أنه ذكر فى التذكرة تبعا للمبسوط دخول خيار الشرط فى القسمة- و إن لم يكن فيها رد و لا يتصور إلا بأن يشترط الخيار فى التراضى القولى بالسهام. و أما التراضى الفعلى فلا يتصور دخول خيار الشرط فيه بناء على وجوب ذكر الشرط فى متن العقد و منه يظهر عدم جريان هذا الخيار فى المعاطاة و إن قلنا بلزومها من أول الأمر أو بعد التلف و السر فى ذلك أن الشرط القولى- لا يمكن ارتباطه بالإنشاء الفعلى و ذكر فيهما أيضا دخول الخيار فى الصداق و لعله لمشروعية الفسخ فيه فى بعض المقامات كما إذا زوجها الولى بدون مهر المثل و فيه نظر و ذكر فى المبسوط أيضا دخول هذا الخيار فى السبق و الرماية للعموم. أقول و الأظهر بحسب القواعد

إناطة دخول خيار الشرط بصحة التقايل فى العقد فمتى شرع التقايل مع التراضى بعد العقد جاز تراضيهما حين العقد على سلطنة أحدهما أو كليهما على الفسخ فإن إقدامه على ذلك حين العقد كاف فى ذلك بعد ما وجب عليه شرعا القيام و الوفاء بما شرطه على نفسه فيكون أمر الشارع إياه بعد العقد بالرضا بما يفعله صاحبه من الفسخ و الالتزام و عدم الاعتراض عليه قائما مقام رضاه الفعلى بفعل صاحبه و إن لم يرض فعلا و أما إذا لم يصح التقايل فيه لم يصح اشتراط الخيار فيه لأنه إذا لم يثبت تأثير الفسخ بعد العقد عن تراض منهما فالالتزام حين العقد لسلطنة أحدهما عليه لا يحدث له أثرا لما عرفت من أن الالتزام حين العقد لا يفيد إلا فائدة الرضا الفعلى بعد العقد بفسخ صاحبه و لا يجعل الفسخ مؤثرا شرعيا و الله العالم

الرابع خيار الغبن

[الغبن لغة و اصطلاحا]

و أصله الخديعة قال فى الصحاح هو بالتسكين فى البيع و الغبن بالتحريك فى الرأى و هو فى اصطلاح الفقهاء- تمليك ماله بما يزيد على قيمته مع جهل الآخر و تسمية المملك غابنا و الآخر مغبونا مع أنه قد لا يكون خدع أصلا كما لو كانا جاهلين لأجل غلبة صدور هذه المعاوضة على وجه الخدع. و المراد بما يزيد أو ينقص العوض مع ملاحظة ما انضم إليه من الشرط- فلو باع ما يساوى مائة دينار بأقل منه مع اشتراط الخيار للبائع فلا غبن لأن المبيع ببيع الخيار ينقص ثمنه عن المبيع بالبيع اللازم و هكذا غيره من الشروط و الظاهر أن كون الزيادة مما لا- يتسامح به شرط خارج عن مفهومه بخلاف الجهل بقيمته ثم إن ثبوت الخيار به مع الشرط المذكور هو المعروف بين الأصحاب- و نسبه فى التذكرة إلى علمائنا و عن نهج الحق نسبته إلى الإمامية و عن الغنية و المختلف الإجماع عليه صريحا. نعم المحكى عن المحقق قدس سره فى درسه إنكاره و لا يعد ذلك خلافا فى المسألة كسكوت جماعة عن التعرض له. نعم حكى عن الإسكافى منعه و هو شاذ

و استدل فى التذكرة على هذا الخيار بقوله تعالى إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجارَةً عَنْ تَراضٍ مِنْكُمْ

قال و معلوم أن المغبون لو عرف الحال لم يرض و توجيهه أن رضا المغبون بكون ما يأخذه عوضا عما يدفعه مبنى على عنوان مفقود و هو عدم نقصه عنه فى المالية فكأنه قال اشتريت هذا الذى يساوى درهما بدرهم فإذا تبين أنه لا يساوى درهما تبين أنه لم يكن راضيا به عوضا لكن لما كان المقصود صفة من صفات المبيع لم يكن تبين فقده كاشفا عن بطلان البيع بأن كان كسائر الصفات المقصودة التى لا يوجب تبين فقدها إلا الخيار فرارا عن استلزام لزوم المعاملة إلزامه بما لم يلتزم و لم يرض به. فالآية إنما تدل على عدم لزوم العقد فإذا حصل التراضى بالعوض غير المساوى كان كالرضا السابق لفحوى حكم الفضولى و المكره و يضعف بمنع كون الوصف المذكور عنوانا بل ليس إلا من قبيل الداعى الذى لا يوجب تخلفه شيئا بل قد لا يكون داعيا أيضا كما إذا كان المقصود ذات المبيع من دون ملاحظة مقدار ماليته فقد يقدم على أخذ الشيء و إن كان ثمنه أضعاف قيمته و التفت إلى احتمال ذلك مع أن أخذه على وجه التقييد لا يوجب خيارا إذا لم يذكر فى متن العقد

[الأولى الاستدلال عليه بآية و لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل]

و لو أبدل قدس سره هذه الآية بقوله تعالى لا تَأْكُلُوا أَمْوالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْباطِلِ كان أولى بناء على أن أكل المال على وجه الخدع ببيع ما يسوى درهما بعشرة مع عدم تسلط المخدوع بعد تبين خدعه على رد المعاملة و عدم نفوذ رده أكل المال بالباطل أما مع رضاه بعد

التبين بـذلك فلا يعـد أكلا بالباطل. و مقتضـى الآيـة و إن كان حرمة الأكل حتى قبل تبين الخدع إلا أنه خرج بالإجماع و بقى ما بعد اطلاع المغبون و رده للمعاملـة لكن يعـارض الآيـة ظـاهر قوله تعالى إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجارَةً عَنْ تَراضٍ بناء على ما ذكرنا من عـدم خروج ذلك عن موضوع التراضـى فمع التكافؤ يرجع إلى أصالة اللزوم إلا أن يقال إن التراضى مع الجهل بالحال يخرج عن كون أكل الغابن لمال المغبون الجاهل أكلا بالباطل و يمكن أن يقال إن آية التراضـى تشـمل غير صورة الخدع كما إذا أقدم المغبون على شـراء العين محتملا لكونه بأضعاف قيمته فيدل على نفى الخيار فى هذه الصورة من دون معارضة

المكاسب، ج۳، ص ۲۳۵

فيثبت عـدم الخيار فى الباقى بعـدم القول بالفصل فتعارض مع آيـة النهى المختصـة بصورة الخـدع الشاملـة غيرها بعدم القول بالفصـل فيرجع بعد تعارضهما بضميمة عدم القول بالفصل و تكافؤهما إلى أصالة اللزوم.

[ما استدل به فى التذكرة و المناقشة فيه]

و استدل أيضا فى التـذكرة بأن النبى ص أثبت الخيار فى تلقى الركبان و إنما أثبته للغبن و يمكن أن يمنع صـحة حكاية إثبات الخيار لعدم وجودها فى الكتب المعروفة بين الإمامية ليقبل ضعفه الانجبار بالعمل.

[الاستدلال بلا ضرر و ضرار]

و أقوى ما استـدل به على ذلك فى التذكرة و غيرها- قوله ص: لا ضرر و لا ضرار فى الإسلام و كان وجه الاستدلال إن لزوم مثل هذا البيع و عدم تسلط المغبون على فسخه ضرر عليه و إضرار به فيكون منفيا.

فحاصل الرواية أن الشارع لم يحكم بحكم يكون فيه الضرر و لم يسوغ إضرار المسلمين بعضهم بعضا و لم يمض لهم من المتصرفات ما فيه ضرر على الممضى عليه.

و منه يظهر صـحة التمسك لتزلزل كل عقد يكون لزومه ضررا على الممضى عليه سواء كان من جهة الغبن أم لا و سواء كان فى البيع أم فى غيره كالصـلح غير المبنى على المسامحـة و الإجـارة و غيرهـا من المعاوضـات هـذا و لكن يمكن الخدشـة فى ذلـك بأن انتفاء اللزوم و ثبوت التزلزل فى العقـد لاـ يسـتلزم ثبوت الخيـار للمغبون بين الرد و الإمضـاء بكل الثمن إذ يحتمل أن يتخير بين إمضاء العقد بكـل الثمن و رده فى المقـدار الزائـد غايـة الأـمر ثبوت الخيـار للغابن لتبعض المال عليه فيكون حال المغبون حال المريض إذا اشترى بأزيـد من ثمن المثل و حاله بعد العلم بالقيمة حال الوارث إذا مات ذلك المريض المشترى فى أن له استرداد الزيادة من دون رد جزء من العوض كمـا عليه الأـكثر فى معاوضات المريض المشـتملة على المحاباة و إن اعترض عليهم العلامـة بما حاصـله أن استرداد بعض أحد العوضين من دون رد بعض الآخر ينافى مقتضى المعاوضة. و يحتمل أيضا أن يكون نفى اللزوم- بتسلط المغبون على إلزام الغابن بأحـد الأمرين من الفسـخ فى الكل و من تدارك ما فات على المغبون برد القدر الزائد أو بدله و مرجعه إلى أن للمغبون الفسخ إذا لم يبـذل الغابن التفاوت فالمبـذول غرامة لما فات على المغبون على تقدير إمضاء البيع لا هبة مسـتقلة كما فى الإيضاح و جامع المقاصـد حيث انتصرا للمشهور القائلين بعدم سقوط الخيار ببذل الغابن للتفاوت بأن الهبة المستقلة لا تخرج المعاملة عن الغبن الموجب للخيار و سيجىء ذلك. و ما ذكرنا نظير ما اختاره العلامة فى التذكرة و احتمله فى القواعد من أنه إذا ظهر كذب البائع مرابحة فى إخباره برأس المال فبـذل المقـدار الزائد مع ربحه فلا خيار للمشترى فإن مرجع هذا إلى تخيير البائع بين رد التفاوت و بين الالتزام بفسخ المشترى. و حاصل الاحتمالين عـدم الخيار للمغبون مع بـذل الغابن للتفاوت فالمتيقن من ثبوت الخيار له صورة امتناع الغابن من البـذل و لعل هـذا هو الوجه فى استشـكال العلامـة فى التذكرة فى ثبوت الخيار مع البذل بل قول بعض بعدمه كما يظهر من الرياض ثم إن المبذول ليس

هبـة مسـتقلة حتى يقـال إنهـا لاـ يخرج المعاملـة المشـتملة على الغبن عن كونها مشـتملة عليه و لا جزء من أحـد العوضـين حتى يكون استرداده مع العوض الآـخر جمعـا بين جزء المعوض و تمـام العوض منافيـا لمقتضـى المعاوضـة بل هو غرامـة لما أتلفه الغابن عليه من الزيادة بالمعاملة الغبنية فلا يعتبر كونه من عين الثمن نظير الأرش فى المعيب.

[ما استدل به على عدم سقوط الخيار مع البذل و المناقشة فيه]

و من هنا ظهر الخدشة فيما فى الإيضاح و جامع المقاصد من الاستدلال على عدم السقوط مع البذل بعد الاستصحاب بأن بذل التفاوت لا يخرج المعاملة عن كونها غبنية لأنها هبة مسـتقلة حتى أنه لو دفعه على وجه الاستحقاق لم يحل أخذه إذ لا ريب فى أن من قبل هبة الغابن لا يسـقط خياره انتهى بمعناه وجه الخدشـة ما تقـدم من احتمال كون المبـذول غرامـة لما أتلفه الغابن على المغبون قـد دل عليه نفى الضرر. و أما الاستصحاب ففيه أن الشك فى اندفاع الخيار بالبدل لا فى ارتفاعه به إذ من المحتمل ثبوت الخيار على الممتنع دون الباذل- ثم إن الظاهر أن تـدارك ضـرر المغبون بأحـد الاحتمالين المذكورين أولى من إثبات الخيار له لأن إلزام الغابن بالفسخ ضـرر لتعلـق غرض النـاس بمـا ينتقـل إليهم من أعـواض أمـوالهم خصوصـا النقود و نقض الغرض ضـرر و إن لم يبلغ حـد المعارضـة لضـرر المغبون إلاـ أنه يصـلح مرجحـا لأحـد الاحتمـالين المـذكورين على ما اشـتهر من تخييره بين الرد و الإمضاء بكل الثمن إلا أن يعارض ذلك بأن غرض المغبون قد يتعلق بتملك عين ذات قيمة لكون المقصود اقتناءها للتجمل و قد يسـتنكف عن اقتناء ذات القيمة اليسيرة للتجمل فتأمل.

و قد يستدل على الخيار بأخبار واردة فى حكم الغبن

اشارة

فعن الكـافى بسـنده إلى إسـحاق بن عمـار عن أبى عبـد الله ع قـال: غبن المسترسل سـحت و عن الميسـر عن أبى عبـد الله ع قال: غبن المؤمن حرام و فى روايـة أخرى: لاـ تغبن المسترسـل فـإن غبنه لا يحل و عن مجمع البحرين أن الاسترسال الاستيناس و الطمأنينـة إلى الإنسـان و الثقـة به فيمـا يحـدثه و أصـله السـكون و الثبـات و منه الحـديث: أيمـا مسـلم استرسـل إلى مسـلم فغبنه فهو كـذا و منه غبن المسترسل سحت انتهى. و يظهر منه أن ما ذكره أو لا حديث رابع

و الإنصاف عدم دلالتها على المدعى

فـإن ما عـدا الروايـة الأولى ظاهره فى حرمـة الخيانـة فى المشاورة فيحتمل كون الغبن بفتـح الباء و أما الروايـة الأولى فهى و إن كانت ظـاهرة فيمـا يتعلق بالأـموال لكن يحتمـل حينئـذ أن يراد كون الغـابن بمنزلـة آكـل السـحت فى اسـتحقاق العقـاب على أصل العمل و الخديعـة فى أخـذ المال و يحتمل أن يراد كون المقـدار الـذى يأخـذه زائـدا على ما يسـتحقه بمنزلة السـحت فى الحرمة و الضـمان و يحتمل إرادة كون مجموع العوض المشتمل على الزيادة بمنزلة السحت فى تحريم الأكل فى صورة خاصة و هى اطلاع المغبون و رده للمعاملة المغبون فيها و لا ريب أن الحمل على أحد الأولين أولى و لا أقل من السماوات للثالث فلا دلالة

فالعمدة فى المسألة الإجماع

المحکی المعتضد بالشهرهٔ المحققهٔ و حدیث نفی الضرر بالنسبهٔ إلی خصوص الممتنع عن بذل التفاوت

ثم إن تنقیح هذا المطلب یتم برسم مسائل

مسألهٔ یشترط فی هذا الخیار أمران

الأول عدم علم المغبون بالقیمهٔ

فلو علم بالقیمهٔ فلا

المکاسب، ج۳، ص ۲۳۶

خیار- بل لا غبن کما عرفت بلا خلاف و لا إشکال لأنه أقدم علی الضرر ثم إن الظاهر عدم الفرق بین کونه غافلا من القیمهٔ بالمرهٔ أو ملتفتا إلیها و لا بین کونه مسبوقا بالعلم و عدمه و لا بین الجهل المرکب و البسیط مع الظن بعدم الزیادهٔ و النقیصهٔ أو الظن بهما أو الشک. و یشکل فی الأخیرین إذا أقدم علی المعاملهٔ بانیا علی المسامحهٔ علی تقدیر الزیادهٔ و النقیصهٔ فهو کالعالم بل الشاک فی الشیء إذا أقدم علیه بانیا علی تحمله فهو فی حکم العالم من حیث استحقاق المدح علیه أو الذم و من حیث عدم معذوریته لو کان ذلک الشیء مما یعذر الغافل فیه. و الحاصل أن الشاک الملتفت إلی الضرر مقدم علیه و من أن مقتضی عموم نفی الضرر و إطلاق الإجماع المحکی ثبوته بمجرد تحقق الضرر خرج المقدم علیه عن علم بل مطلق الشاک لیس مقدما علی الضرر بل قد یقدم برجاء عدمه و مساواته للعالم فی الآثار ممنوعهٔ حتی فی استحقاق المدح و الذم لو کان المشکوک مما یترتب علیه ذلک عند الإقدام علیه و لذا قد یحصل للشاک بعد اطلاعه علی الغبن حالهٔ أخری لو حصلت له قبل العقد لم یقدم علیه. نعم لو صرح فی العقد بالالتزام به و لو علی تقدیر ظهور الغبن کان ذلک راجعا إلی إسقاط الغبن. و مما ذکرنا یظهر ثبوت الخیار للجاهل و إن کان قادرا علی السؤال کما صرح به فی التحریر و التذکرهٔ و لو أقدم عالما علی غبن یتسامح به فبان أزید بما لا یتسامح بالمجموع منه و من المعلوم فلا یبعد الخیار و لو أقدم علی ما لا یتسامح فبان أزید بما یتسامح به منفردا أو بما لا یتسامح ففی الخیار وجه ثم إن المعتبر القیمهٔ حال العقد فلو زادت بعده و لو قبل اطلاع المغبون علی النقصان حین العقد لم ینفع- لأن الزیادهٔ إنما حصلت فی ملکه و المعاملهٔ وقعت علی الغبن و یحتمل عدم الخیار حینئذ لأن التدارک حصل قبل الرد فلا یثبت الرد المشروع لتدارک الضرر کما لو بریء المعیوب قبل الاطلاع علی عیبه بل فی التذکرهٔ أنه مهما زال العیب قبل العلم أو بعده قبل الرد سقط حق الرد و أشکل منه ما لو توقف الملک علی القبض فارتفع الغبن قبله لأن الملک قد انتقل إلیه حینئذ من دون نقص فی قیمته. نعم لو قلنا بوجوب التقابض بمجرد العقد کما صرح به العلامهٔ فی الصرف یثبت الخیار لثبوت الضرر بوجوب إقباض الزائد فی مقابلهٔ الناقص لکن ظاهر المشهور عدم وجوب التقابض و لو ثبت الزیادهٔ أو النقیصهٔ بعد العقد فإنه لا عبرهٔ بهما إجماعا کما فی التذکرهٔ ثم إنه لا عبرهٔ بعلم الوکیل فی مجرد العقد بل العبرهٔ بعلم الموکل و جهله. نعم لو کان وکیلا فی المعاملهٔ و المساومهٔ فمع علمه و فرض صحهٔ المعاملهٔ حینئذ لا خیار للموکل و مع جهله یثبت الخیار للموکل إلا أن یکون عالما بالقیمهٔ و بأن وکیله یعقد علی أزید منها و یقرره له و إذا ثبت الخیار فی عقد الوکیل فهو للموکل خاصهٔ إلا أن یکون وکیلا مطلقا بحیث یشمل مثل الفسخ فإنه کالولی حینئذ و قد مر ذلک مشروحا فی خیار المجلس- ثم إن الجهل إنما یثبت باعتراف الغابن و بالبینهٔ إن تحققت و بقول مدعیه مع الیمین لأصالهٔ عدم العلم الحاکمهٔ علی أصالهٔ اللزوم- مع أنه قد یتعسر إقامهٔ البینهٔ علی الجهل و لا یمکن للغابن الحلف علی علمه لجهله بالحال فتأمل هذا کله إذا لم یکن المغبون من أهل الخبرهٔ- بحیث لا یخفی علیه القیمهٔ إلا لعارض من غفلهٔ أو غیرها و إلا فلا یقبل قوله کما فی الجامع و المسالک و قد یشکل بأن هذا إنما یوجب عدم قبول قوله من حیث تقدیم الظاهر علی الأصل فغایهٔ الأمر أن یصیر مدعیا من جهة مخالفهٔ قوله للظاهر لکن المدعی

لما تعسر إقامة البينة عليه و لا يعرف إلا من قبله يقبل قوله مع اليمين فليكن هذا من هذا القبيل إلا أن يقال إن مقتضى تقديم الظاهر جعل مدعيه مقبول القول بيمينه لا جعل مخالفه مدعيا يجرى عليه جميع أحكام المدعى حتى فى قبول قوله إذا تعسر عليه إقامة البينة. أ لا ترى أنهم لم يحكموا بقبول قول مدعى فساد العقد إذا تعسر عليه إقامة البينة على سبب الفساد هذا مع أن عموم تلك القاعدة ثم اندراج المسألة فيها محل تأمل و لو اختلفا فى القيمة وقت العقد أو فى القيمة بعده مع تعذر الاستعلام فالقول قول منكر سبب الغبن لأصالة عدم التغير و أصالة اللزوم.

و منه يظهر حكم ما لو اتفقا على التغير و اختلفا فى تاريخ العقد و لو علم تاريخ التغير فالأصل و إن اقتضى تأخر العقد الواقع على الزائد عن القيمة إلا أنه لا يثبت به وقوع العقد على الزائد حتى يثبت العقد.

الأمر الثانى كون التفاوت فاحشا

فالواحد بل الاثنان فى العشرين لا- يوجب الغبن وحده عندنا كما فى التذكرة ما لا يتغابن الناس بمثله و حكى فيها عن مالك أن التفاوت بالثلث لا يوجب الخيار و إن كان بأكثر من الثلث أوجبه و رده بأنه تخمين لم يشهد له أصل فى الشرع انتهى. و الظاهر أنه لا إشكال فى كون التفاوت بالثلث بل الربع فاحشا. نعم الإشكال فى الخمس و لا يبعد دعوى عدم مسامحة الناس فيه كما سيجىء التصريح من المحقق القمى فى تصويره لغبن كلا- المتبايعين ثم الظاهر أن المرجع عند الشك فى ذلك هو أصالة ثبوت الخيار لأنه ضرر لم يعلم تسامح الناس فيه و يحتمل الرجوع إلى أصالة اللزوم لأن الخارج هو الضرر الذى يتفاحش فيه لا مطلق الضرر.

بقى هنا شىء و هو أن ظاهر الأصحاب و غيرهم أن المناط فى الضرر الموجب للخيار كون المعاملة ضررية

مع قطع النظر عن ملاحظة حال أشخاص المتبايعين و لذا حدوه بما لا يتغابن به الناس أو بالزائد على الثلث كما عرفت عن بعض العامة و ظاهر حديث نفى الضرر المستدل عليه فى أبواب الفقه ملاحظة الضرر بالنسبة إلى شخص الواقعة و لذا استدلوا به على عدم وجوب شراء ماء الوضوء بمبلغ كثير إذا أضر بالمكلف و وجوب شرائه بذلك المبلغ على من لا يضر به ذلك مع أن أصل شراء الماء بأضعاف قيمته معاملة ضررية فى حق الكل. و الحاصل أن العبرة إذا كان بالضرر المالى لم يجب شراء ماء الوضوء بأضعاف قيمته و إن كانت بالضرر الحالى تعين التفصيل فى خيار الغبن بين ما يضر بحال المغبون و غيره و الأظهر اعتبار الضرر المالى لأنه ضرر فى نفسه من غير مدخلية لحال الشخص و تحمله فى بعض المقامات إنما خرج بالنص

المكاسب، ج۳، ص ۲۳۷ و لذا أجاب فى المعتبر عن الشافعى المنكر لوجوب الوضوء فى الفرض المذكور بأن الضرر لا يعتبر مع معارضة النص. و يمكن أيضا أن يلتزم الضرر المالى فى مقام التكليف لا لتخصيص عموم نفى الضرر بالنص بل لعدم كونه ضررا بملاحظة ما بإزائه من الأجر كما يشير إليه قوله ع: بعد شرائه ع ماء وضوئه بأضعاف قيمته إن ما يشترى به مال كثير. نعم لو كان الضرر مجحفا بالمكلف انتفى بأدلة نفى الحرج لا دليل نفى الضرر فنفى الضرر المالى فى التكاليف لا يكون إلا إذا كان تحمله حرجا.

[تصوير الغبن من الطرفين و الإشكال فيه]

اشارة

إشكال ذكر فى الروضة و المسالك تبعا لجامع المقاصد فى أقسام الغبن أن المغبون إما أن يكون هو البائع أو المشترى أو هما انتهى فيقع الإشكال فى تصور غبن كل من المتبايعين معا. و المحكى عن بعض الفضلاء فى تعليقه على الروضة- ما حاصله استحالة ذلك حيث قال قد عرفت أن الغبن فى طرف البائع إنما هو إذا باع بأقل من القيمة السوقية و فى طرف المشترى إذا اشترى بأزيد منها و لا يتفاوت الحال بكون الثمن و المثمن من الأثمان أو العروض أو مختلفين و حينئذ فلا يعقل كونهما معا مغبونين و إلا لزم كون الثمن

أقل من القيمة السوقية و أكثر و هو محال فتأمل انتهى

و قد تعرض غير واحد ممن قارب عصرنا لتصوير ذلك فى بعض الفروض

منها ما ذكره المحقق القمى

اشارة

صاحب القوانين فى جواب من سأله عن هذه العبارة من الروضة قال إنها تفرض فيما إذا باع متاعه بأربعة توأمين من الفلوس أن يعطيه عنها ثمانية دنانير معتقدا أنها يسوى بأربعة توأمين ثم تبين أن المتاع يسوى خمسة توأمين و أن الدنانير يسوى خمسة توأمين إلا خمسا فصار البائع مغبونا من كون الثمن أقل من القيمة السوقية بخمس تومان و المشترى مغبونا من جهة زيادة الدنانير على أربعة توأمين فالبائع مغبون فى أصل البيع و المشترى مغبون فى ما التزمه من إعطاء الدنانير عن الثمن و إن لم يكن مغبونا فى أصل البيع انتهى.

[المناقشة فى ما ذكره المحقق القمى]

أقول الظاهر أن مثل هذا البيع المشروط بهذا الشرط يلاحظ فيه حاصل ما يصل إلى البائع بسبب مجموع العقد و الشرط كما لو باع شيئا يسوى خمسة دراهم بدرهمين على أن يخيط له ثوبا مع فرض كون أجرة الخياطة ثلاثة دراهم و من هنا يقال إن للشروط قسطا من العوض و إن أبيت إلا عن أن الشرط معاملة مستقلة و لا مدخل له فى زيادة الثمن و خرج ذلك عن فرض غبن كل من المتبايعين فى معاملة واحدة لكن الحق ما ذكرنا من وحدة المعاملة و كون الغبن من طرف واحد.

و منها ما ذكره بعض المعاصرين من فرض المسألة

فيما إذا باع شيئين فى عقد واحد بثمنين فغبن البائع فى أحدهما و المشترى فى الآخر. و هذا الجواب قريب من سابقه فى الضعف لأنه إن جاز التفكيك بينهما عند فرض ثبوت الغبن لأحدهما خاصة حتى يجوز له الفسخ فى العين المغبون فيها خاصة فهما معاملتان مستقلتان كان الغبن فى كل واحدة منها لأحدهما خاصة فلا وجه لجعل هذا قسما ثالثا لقسمى غبن البائع خاصة و المشترى خاصة و إن لم يجز التفكيك بينهما لم يكن غبن أصلا مع تساوى الزيادة فى أحدهما للنقيصة فى الآخر و مع عدم المساواة فالغبن من طرف واحد.

و منها أن يراد بالغبن فى المقسم معناه الأعم الشامل لصورة خروج العين المشاهدة سابقا

على خلاف ما شاهده أو خروج ما أخبر البائع بوزنه على خلاف خبره. و قد أطلق الغبن على هذا المعنى الأعم العلامة فى القواعد و الشهيد فى اللمعة و على هذا المعنى الأعم تحقق الغبن فى كل منهما و هذا أحسن لكن ظاهر عبارة الشهيد و المحقق الثانيين إرادة ما عنون به هذا الخيار و هو الغبن بالمعنى الأخص على ما فسروه به.

و منها ما ذكره بعض من أنه يحصل بفرض المتبايعين وقت العقد فى مكانين

كما إذا حصر العسكر البلد و فرض قيمة الطعام خارج البلد ضعف قيمته فى البلد فاشترى بعض أهل البلد من وراء سور البلد طعاما من العسكر بثمن متوسط بين القيمتين فالمشترى مغبون لزيادة الثمن على قيمة الطعام فى مكانه و البائع مغبون لنقصانه عن القيمة فى مكانه و يمكن رده بأن المبيع بعد العقد باق على قيمته حين العقد و لا غبن فيه للمشترى ما دام فى محل العقد و إنما نزلت قيمته بقبض

المشترى و نقله إياه إلى مكان الرخص. و بالجملة الطعام عند العقد لا يكون إلا فى محل واحد له قيمة واحدة.

و منها ما ذكره فى مفتاح الكرامة من فرضه فيما إذا ادعى كل من المتبايعين الغبن

كما إذا بيع ثوب بفرس بظن المساواة ثم ادعى كل منهما نقص ما فى يده عما فى يد الآخر و لم يوجد المقوم ليرجع إليه فتحالفا فيثبت الغبن لكل منهما فيما وصل إليه و قال و يتصور غبنهما فى أحد العوضين- كما لو تبايعا شيئا بمائة درهم ثم ادعى البائع كونه يسوى بمائتين و المشترى كونه لا يسوى إلا بخمسين و لا مقوم يرجع إليه فيتحالفان و يثبت الفسخ لكل منهما انتهى. و فيه أن الظاهر أن لازم التحالف عدم الغبن فى المعاملة أصلا مع أن الكلام فى الغبن الواقعى دون الظاهرى.

و الأولى من هذه الوجوه هو الوجه الثالث و الله العالم.

مسألة ظهور الغبن شرط شرعى لحدوث الخيار أو كاشف عقلى عن ثبوته حين العقد

وجهان منشأهما اختلاف كلمات العلماء فى فتاويهم و معاقد إجماعهم و استدلالاتهم فظاهر عبارة المبسوط و الغنية و الشرائع و غيرها هو الأول و فى الغنية الإجماع على أن ظهور الغبن سبب للخيار و ظاهر كلمات آخرين الثانى و فى التذكرة أن الغبن سبب لثبوت الخيار عند علمائنا و قولهم لا يسقط هذا الخيار بالتصرف فإن المراد التصرف قبل العلم بالغبن و عدم سقوطه ظاهر فى ثبوته. و مما يؤيد الأول أنهم اختلفوا فى صحة التصرفات الناقلة فى زمان الخيار و لم يحكموا ببطلان التصرفات الواقعة من الغابن حين جهل المغبون بل صرح بعضهم بنفوذها و انتقال المغبون بعد ظهور غبنه إلى البدل. و يؤيده أيضا الاستدلال فى التذكرة و الغنية على هذا الخيار بقوله ص فى حديث تلقى الركبان إنهم بالخيار إذا دخلوا السوق فإن ظاهره حدوث الخيار بعد الدخول الموجب لظهور الغبن هذا و لكن لا- يخفى إمكان إرجاع الكلمات إلى أحد الوجهين بتوجيه ما كان منها ظاهرا فى المعنى الآخر. و توضيح ذلك أنه إن أريد بالخيار السلطنة الفعلية التى يقتدر بها على الفسخ و الإمضاء قولا أو فعلا فلا يحدث إلا بعد

المكاسب، ج۳، ص ۲۳۸

ظهور الغبن و إن أريد ثبوت حق للمغبون لو علم به لقام بمقتضاه فهو ثابت قبل العلم و إنما يتوقف على العلم إعمال هذا الحق فيكون حال الجاهل بموضوع الغبن كالجاهل بحكمه أو بحكم خيارى المجلس أو الحيوان أو غيرهما ثم إن الآثار المجعولة للخيار- بين ما يترتب على تلك السلطنة الفعلية كالسقوط بالتصرف فإنه لا يكون إلا بعد ظهور الغبن فلا يسقط قبله كما سيجىء. و منه التلف فإن الظاهر أنه قبل ظهور الغبن من المغبون اتفاقا لو قلنا بعموم قاعدة كون التلف فى زمان الخيار ممن لا خيار له لمثل خيار الغبن كما جزم به بعض و تردد فيه آخر و بين ما يترتب على ذلك الحق الواقعى كإسقاطه بعد العقد قبل ظهوره و بين ما يتردد بين الأمرين كالتصرفات الناقلة فإن تعليلهم المنع عنها بكونها مفوتة لحق ذى الخيار من العين ظاهر فى ترتب المنع على وجود نفس الحق و إن لم يعلم به. و حكم بعض من منع من التصرف فى زمان الخيار بمضى التصرفات الواقعة من الغابن قبل علم المغبون يظهر منه أن المنع لأجل التسلط الفعلى و المتبع دليل كل واحد من تلك الآثار فقد يظهر منه ترتب الأثر على نفس الحق الواقعى و لو كان مجهولا لصاحبه و قد يظهر منه ترتبه على السلطنة الفعلية و تظهر ثمرة الوجهين أيضا فيما لو فسخ المغبون الجاهل اقتراحا أو بظن وجود سبب معدوم فى الواقع فصادف الغبن ثم إن ما ذكرناه فى الغبن من الوجهين جار فى العيب. و قد يستظهر من عبارة القواعد فى باب التدليس الوجه الأول قال و كذا يعنى لا رد لو تعيبت الأمة المدلسة عنده قبل علمه بالتدليس انتهى فإنه ذكر فى جامع المقاصد أنه لا فرق بين تعيبها قبل العلم و بعده لأن العيب مضمون على المشترى ثم قال إلا أن يقال إن العيب بعد العلم غير مضمون على المشترى لثبوت الخيار و ظاهره عدم ثبوت الخيار قبل العلم بالعيب لكون العيب فى زمان الخيار مضمونا على من لا خيار له لكن الاستظهار

المذكور مبنى على شمول قاعدة التلف ممن لا خيار له لخيار العيب و سيجىء عدم العموم إن شاء الله و أما خيار الرؤية فسيأتى أن ظاهر التذكرة حدوثه بالرؤية فلا يجوز إسقاطه قبلها.

مسألة يسقط هذا الخيار بأمور

أحدها إسقاطه بعد العقد

و هو قد يكون بعد العلم بالغبن فلا إشكال فى صحة إسقاطه بلا عوض مع العلم بمرتبة الغبن و لا مع الجهل بها إذا سقط الغبن المسبب عن أى مرتبة كان فاحشا كان أو أفحش و لو أسقطه بزعم كون التفاوت عشرة فظهر مائة ففى السقوط وجهان من عدم طيب نفسه بسقوط هذا المقدار من الحق كما لو أسقط حق عرض بزعم أنه شتم لا يبلغ القذف فتبين كونه قذفا و من أن الخيار أمر واحد- مسبب عن مطلق التفاوت الذى لا يتسامح به و لا تعدد فيه فيسقط بمجرد الإسقاط و القذف و ما دونه من الشتم حقان مختلفان و أما الإسقاط بعوض بمعنى المصالحة عنه به فلا إشكال فيه مع العلم بمرتبة الغبن أو التصريح بعموم المراتب و لو أطلق و كان للإطلاق منصرف كما لو صالح عن الغبن المحقق فى المتاع المشترى بعشرين بدرهم فإن المتعارف من الغبن المحتمل فى مثل هذه المعاملة هو كون التفاوت أربعة أو خمسة فى العشرين فيصالح عن هذا المحتمل بدرهم فلو ظهر كون التفاوت ثمانية عشر و أن المبيع يسوى درهمين فى فبطلان الصلح لأنه لم يقع على الحق الموجود أو صحته مع لزومه لما ذكرنا من أن الخيار حق واحد له سبب واحد و هو التفاوت الذى له أفراد متعددة فإذا أسقطه سقط أو صحته متزلزلا لأن الخيار الذى صالح عنه باعتقاد أن عوضه المتعارف درهم تبين كونه مما يبذل فى مقابله أزيد من الدرهم ضرورة أنه كلما كان التفاوت المحتمل أزيد يبذل فى مقابله أزيد مما يبذل فى مقابله لو كان أقل فيحصل الغبن فى المصالحة إذ لا فرق فى الغبن بين كونه للجهل بمقدار ماليته مع العلم بعينه و بين كونه لأجل الجهل بعينه وجوه و هذا هو الأقوى فتأمل. و أما إسقاط هذا الخيار بعد العقد قبل ظهور الغبن- فالظاهر أيضا جوازه و لا يقدح عدم تحقق شرطه بناء على كون ظهور الغبن شرطا لحدوث الخيار إذ يكفى فى ذلك تحقق السبب المقتضى للخيار و هو الغبن الواقعى و إن لم يعلم به و هذا كاف فى جواز إسقاط المسبب قبل حصول شرطه كإبراء المالك الودعى المفرط عن الضمان و كبراءة البائع من العيوب الراجعة إلى إسقاط الحق المسبب عن وجودها قبل العلم بها. و لا يقدح فى المقام أيضا كونه إسقاطا لما لم يتحقق إذ لا مانع منه إلا التعليق و عدم الجزم الممنوع عنه فى العقود فضلا عن الإيقاعات و هو غير قادح هنا فإن الممنوع منه هو التعليق على ما لا يتوقف تحقق مفهوم الإنشاء عليه. و أما ما نحن فيه و شبهه مثل طلاق مشكوك الزوجية و إعتاق مشكوك الرقية منجزا أو الإبراء عما احتمل الاشتغال به فقد تقدم فى شرائط الصيغة أنه لا مانع منه لأن مفهوم العقد معلق عليها فى الواقع من دون تعليق المتكلم و منه البراءة عن العيوب المحتملة فى المبيع و ضمان درك المبيع عند ظهوره مستحقا للغير. نعم قد يشكل الأمر من حيث العوض المصالح به فإنه لا بد من وقوع شىء بإزائه و هو غير معلوم فالأولى ضم شىء إلى المصالح عنه المجهول التحقق أو ضم سائر الخيارات إليه بأن يقول صالحتك عن كل خيار لى بكذا و لو تبين عدم الغبن لم يقسط العوض عليه لأن المعدوم إنما دخل على تقدير وجوده لا منجزا باعتقاد الوجود.

الثانى من المسقطات اشتراط سقوط الخيار فى متن العقد

و الإشكال فيه من الجهات المذكورة هنا أو المتقدمة فى إسقاط الخيارات المتقدمة قد علم التفصى عنها. نعم هنا وجه آخر للمنع يختص بهذا الخيار و خيار الرؤية- و هو لزوم الغرر من اشتراط إسقاطه. قال فى الدروس فى هذا المقام ما لفظه و لو شرطا رفعه أو رفع خيار الرؤية فالظاهر بطلان العقد للغرر انتهى. ثم احتمل الفرق بين الخيارين بأن الغرر فى الغبن سهل الإزالة و جزم الصيمرى فى

غایـة المرام ببطلاـن العقـد و الشـرط و تردد فیه المحقق الثـانی إلا أنه اسـتظهر الصـحهٔ و لعل توجیه کلام الشـهید هو أن الغرر باعتبار الجهل بمقدار مالیهٔ المبیع کالجهل بصـفاته لأن وجه کون الجهل بالصـفات غررا هو رجوعه إلی الجهل بمقدار مالیته و لذا لا غرر مع الجهل بالصفات التی لا مدخل

المکاسب، ج۳، ص ۲۳۹

لها فی القیمـهٔ لکن الأقوی الصـحهٔ لأن مجرد الجهل بمقدار المالیهٔ لو کان غررا لم یصح البیع مع الشک فی القیمهٔ و أیضا فإن ارتفاع الغرر عن هـذا البیع لیس لأجـل الخیار حتی یکون إسـقاطه موجبا لثبوته و إلا لم یصـح البیع إذ لا یجـدی فی الإخراج عن الغرر ثبوت الخیار لأنه حکم شـرعی لا یرتفع به موضوع الغرر و إلا لصح کل بیع غرری علی وجه التزلزل و ثبوت الخیار کبیع المجهول وجوده و المتعـذر تسـلیمه. و أمـا خیار الرؤیـهٔ فاشتراط سـقوطه راجع إلی إسـقاط اعتبار ما اشترطاه من الأوصاف فی العین غیر المرئیـهٔ فکأنهما تبایعا سواء وجد فیها تلک الأوصاف أم لا فصـحهٔ البیع موقوفهٔ علی اشتراط تلک الأوصاف و إسقاط الخیار فی معنی إلغائها الموجب للبطلان مع احتمال الصـحهٔ هناک أیضا لأن مرجع إسـقاط خیار الرؤیهٔ إلی التزام عدم تأثیر تخلف تلک الشـروط لا إلی عدم التزام ما اشترطاه من الأوصاف و لا تنافی بین أن یقدم علی اشتراء العین- بانیا علی وجود تلک الأوصاف و بین الالتزام بعدم الفسخ لو تخلفت فتأمل و سـیجیء تمام الکلام فی خیار الرؤیهٔ و کیف کان فلا أری إشکالا فی اشتراط سقوط خیار الغبن من حیث لزوم الغرر إذ لو لم یشرع الخیار فی الغبن أصلا لم یلزم منه غرر.

الثالث تصرف المغبون بأحد التصرفات المسقطهٔ للخیارات المتقدمهٔ بعد علمه بالغبن.

و یـدل علیه مـا دل علی سـقوط خیاری المجلس و الشـرط به مع عـدم ورود نص فیهما و اختصاص النص بخیار الحیوان و هو إطلاق بعض معاقـد الإجمـاع بأن تصـرف ذی الخیار فیما انتقل إلیه إجازهٔ و فیما انتقل عنه فسـخ و عموم العلـهٔ المسـتفادهٔ من النص فی خیار الحیوان المسـتدل بها فی کلمات العلماء علی السـقوط و هی الرضا بلزوم العقد مع أن الدلیل هنا إما نفی الضرر و إما الإجماع و الأول منتف فـإنه کمـا لا یجری مع الإقـدام علیه فکـذلک لا یجری مع الرضا به بعـده. و أما الإجماع فهو غیر ثابت مع الرضا إلا أن یقال إن الشک فی الرفع لا الدفع فیسـتصـحب فتأمل. أو ندعی أن ظاهر قولهم فیما نحن فیه أن هذا الخیار لا یسـقط بالتصـرف شموله للتصرف بعـد العلم بـالغبن و اختصـاص هـذا الخیار من بین الخیارات بـذلک لکن الإنصاف عـدم شـمول التصـرف فی کلماتهم لما بعـد العلم بالغبن. و غرضـهم من تخصیص الحکم بهذا الخیار أن التصرف مسقط لکل خیار و لو وقع قبل العلم بالخیار کما فی العیب و التدلیس سوی هذا الخیار و یؤید ذلک ما اشـتهر بینهم من أن التصرف قبل العلم بالعیب و التدلیس ملزم لدلالته علی الرضا بالبیع فیسقط الرد و إنمـا یثبت الأـرش فی خصوص العیب لعـدم دلالـهٔ التصـرف علی الرضـا بـالعیب و کیف کـان فاختصاص التصـرف غیر المسـقط فی کلامهم بما قبل العلم لا یکاد یخفی علی المتتبع فی کلماتهم. نعم لم أجد لهم تصـریحا بذلک عدا ما حکی عن صاحب المسالک و تبعه جماعـهٔ لکن الاسـتشـکال من جهـهٔ ترک التصـریح مع وجود الـدلیل ممـا لا ینبغی بل ربما یسـتشـکل فی حکمهم بعـدم السـقوط بالتصـرف قبل العلم مع حکمهم بسقوط خیار التدلیس و العیب بالتصرف قبل العلم و الاعتذار بالنص إنما یتم فی العیب دون التدلیس فإنه مشترک مع خیار الغبن فی عدم النص و مقتضـی القاعدهٔ فی حکم التصـرف قبل العلم فیهما واحد. و التحقیق أن یقال إن مقتضی القاعدهٔ عدم السقوط لبقاء الضرر و عدم دلالهٔ التصرف مع الجهل علی الرضا بلزوم العقد و تحمل الضرر. نعم قد ورد النص فی العیب علی السـقوط و ادعی علیه الإجماع مع أن ضـرر السـقوط فیه متدارک بالأرش و إن کان نفس إمساک العین قد تکون ضـررا فإن تم دلیل فی التدلیس أیضا قلنا به و إلا وجب الرجوع إلی دلیل خیاره ثم إن الحکم بسقوط الخیار بالتصرف بعد العلم بالغبن مبنی علی ما تقـدم فی الخیـارات السابقـهٔ من تسـلیم کون التصـرف دلیلاـ علی الرضا بلزوم العقـد و إلا کان اللازم فی غیر ما دل فعلا علی الالتزام بالعقد من أفراد التصرف الرجوع إلی أصالهٔ بقاء الخیار.

الرابع من المسقطات تصرف المشترى المغبون قبل العلم بالغبن

تصرفا مخرجا عن الملك على وجه اللزوم كالبيع و العتق فإن المصرح به فى كلام المحقق و من تأخر عنه- هو سقوط خياره حينئذ و قيل إنه المشهور- و هو كذلك بين المتأخرين. نعم ذكر الشيخ فى خيار المشترى مرابحة عند كذب البائع أنه لو هلك السلعة أو تصرف فيها سقط الرد و الظاهر اتحاد هذا الخيار مع خيار الغبن كما يظهر من جامع المقاصد فى شرح قول الماتن و لا يبطل الخيار بتلف العين فراجع. و استدل على هذا الحكم فى التذكرة بعدم إمكان استدراكه مع الخروج عن الملك و هو بظاهره مشكل لأن الخيار غير مشروط عندهم بإمكان رد العين. و يمكن أن يوجه بأن حديث نفى الضرر لم يدل على الخيار بل المتيقن منه جواز رد العين المغبون فيها فإذا امتنع ردها فلا دليل على جواز فسخ العقد. و تضرر المغبون من جهة زيادة الثمن معارض بتضرر الغابن بقبول البدل فإن دفع الضرر من الطرفين إنما يكون بتسلط المغبون على رد العين فيكون حاله من حيث إن له القبول و الرد حال العالم بالغبن قبل المعاملة فى أن له أن يشترى و أن يترك و ليس هكذا بعد خروج العين عن ملكه مع أن إخراج المغبون العين عن ملكه التزام بالضرر و لو جهلا منه به هذا و لكن اعترض عليهم شيخنا الشهيد قدس روحه السعيد فى اللمعة بما توضيحه أن الضرر الموجب للخيار قبل التصرف ثابت مع التصرف و التصرف مع الجهل بالضرر ليس إقداما عليه لما عرفت من أن الخارج عن عموم نفى الضرر ليس إلا صورة الإقدام عليه عالما به فيجب تدارك الضرر باسترداد ما دفعه من الثمن الزائد برد نفس العين مع بقائها على ملكه و بدلها مع عدمه. و فوات خصوصية العين على الغابن ليس ضررا لأن العين المبيعة إن كانت مثلية فلا ضرر بتبدلها بمثلها و إن كانت قيمية فتعريضها للبيع يدل على إرادة قيمتها فلا ضرر أصلا فضلا عن أن يعارض ضرر زيادة الثمن على القيمة خصوصا مع الإفراط فى الزيادة و الإنصاف أن هذا حسن جدا لكن قال فى الروضة إن لم يكن الحكم إجماعا. أقول و الظاهر عدمه لأنك عرفت عدم عنوان المسألة فى كلام من تقدم على المحقق فيما تتبعت.

ثم إن مقتضى دليل المشهور عدم الفرق فى المغبون المتصرف بين البائع و المشترى

قال فى التحرير بعد أن صرح بثبوت الخيار للمغبون

المكاسب، ج۳، ص ۲۴۰ بائعا كان أو مشتريا و لا يسقط الخيار بالتصرف مع إمكان الرد و مقتضى إطلاقه عدم الفرق بين الناقل اللازم و بين فك الملك كالعتق و الوقف و بين المانع عن الرد مع البقاء على الملك كالاستيلاد بل و يعم التلف و عن جماعة تخصيص العبارة بالمشترى فإن أرادوا قصر الحكم عليه فلا يعرف له وجه إلا أن يبنى على مخالفته لعموم دليل الخيار أعنى نفى الضرر فيقتصر على مورد الإجماع

[الناقل الجائز لا يمنع الرد بالخيار إذا فسخه]

ثم إن الظاهر التقييد بصورة امتناع الرد و ظاهر التعليل بعدم إمكان الاستدراك ما صرح به جماعة من أن الناقل الجائز لا يمنع الرد بالخيار إذا فسخه فضلا عن مثل التدبير و الوصية من التصرفات غير الموجبة للخروج عن الملك فعلا و هو حسن لعموم نفى الضرر. و مجرد الخروج عن الملك لا يسقط تدارك ضرر الغبن و لو اتفق زوال المانع كموت ولد أم الولد و فسخ العقد اللازم لعيب أو غبن ففى جواز الرد وجهان من أنه متمكن حينئذ و من استقرار البيع و ربما يبنيان على أن الزائل العائد كالذى لم يزل أو كالذى لم يعد- و كذا الوجهان فيما لو عاد إليه بناقل جديد و عدم الخيار هنا أولى لأن العود هنا بسبب جديد. و فى الفسخ برفع السبب السابق

و فى لحوق الإجارة بالبيع قولان

من امتناع الرد و هو مختار الصيمرى و أبى العباس و من أن مورد الاستثناء هو التصرف المخرج عن الملك و هو المحكى عن ظاهر الأكثر و لو لم يعلم بالغبن إلا بعد انقضاء الإجارة توجه الرد و كذا لو لم يعلم به حتى انفسخ البيع.

و فى لحوق الامتزاج مطلقا أو فى الجملة بالخروج عن الملك وجوه

أقواها اللحوق لحصول الشركة فيمتنع رد العين الذى هو مورد الاستثناء و كذا لو تغيرت العين بالنقيصة و لو تغيرت بالزيادة العينية أو الحكمية أو من الجهتين فالأقوى الرد فى الوسطى بناء على حصول الشركة فى غيرها المانعة عن رد العين فتأمل هذا كله فى تصرف المغبون

و أما تصرف الغابن

اشارة

فالظاهر أنه لا وجه لسقوط خيار المغبون به و حينئذ فإن فسخ و وجد العين خارجة عن ملكه لزوما بالعتق أو الوقف أو البيع اللازم ففى تسلطه على إبطال ذلك من حينه أو من أصلها كالمرتهن و الشفيع أو رجوعه إلى البدل وجوه من وقوع العقد فى متعلق حق الغير فإن حق المغبون بأصل المعاملة الغبنية و إنما يظهر له بظهور السبب فله الخيار فى استرداد العين إذا ظهر السبب و حيث وقع العقد فى ملك الغابن فلا وجه لبطلانه من رأس و من أن وقوع العقد فى متعلق حق الغير يوجب تزلزله من رأس كما فى بيع الرهن. و مقتضى فسخ البيع الأول تلقى الملك من الغابن الذى وقع البيع معه لا من المشترى الثانى و من أنه لا وجه للتزلزل إما لأن التصرف فى زمان خيار غير المتصرف صحيح لازم كما سيجىء فى أحكام الخيار فيسترد الفاسخ البدل. و إما لعدم تحقق الخيار قبل ظهور الغبن فعلا على وجه فعلا على وجه يمنع من تصرف من عليه الخيار كما هو ظاهر الجماعة هنا و فى خيار الغيب قبل ظهوره فإن غير واحد ممن منع من تصرف غير ذى الخيار بدون إذنه أو استشكل فيه حكم بلزوم العقود الواقعة قبل ظهور الغبن و العيب و هذا هو الأقوى و سيأتى تتمة لذلك فى أحكام الخيار و كذا الحكم لو حصل مانع من رده كالاستيلاد و يحتمل هنا تقديم حق الخيار لسبق سببه على الاستيلاد

[جريان الحكم فى خروج المبيع عن ملك الغابن بالعقد الجائز]

ثم إن مقتضى ما ذكرنا جريان الحكم فى خروج المبيع عن ملك الغابن بالعقد الجائز لأن معنى جوازه تسلط أحد المتعاقدين على فسخه- أما تسلط الأجنبى و هو المغبون فلا دليل عليه بعد فرض وقوع العقد صحيحا. و فى المسالك لو كان الناقل مما يمكن إبطاله كالبيع بخيار ألزم بالفسخ فإن امتنع فسخه الحاكم و إن تعذر فسخه المغبون و يمكن النظر فيه بأن فسخ المغبون إما بدخول العين فى ملكه و إما بدخول بدلها فعلى الأول لا حاجة إلى الفسخ حتى يتكلم فى الفاسخ و على الثانى فلا وجه للعدول عما استحقه بالفسخ إلى غيره اللهم إلا أن يقال إنه لا منافاة لأن البدل المستحق بالفسخ إنما هو للحيلولة فإذا أمكن رد العين وجب على الغابن تحصيلها لكن ذلك إنما يتم مع كون العين باقية على ملك المغبون و أما مع عدمه و تملك المغبون للبدل فلا دليل على وجوب تحصيل العين.

[لو اتفق عود الملك إلى الغابن]

ثم على القول بعدم وجوب الفسخ فى الجائز لو اتفق عود الملك إليه لفسخ فإن كان ذلك قبل فسخ المغبون فالظاهر وجود رد العين و إن كان بعده فالظاهر عدم وجوب رده لعدم الدليل بعد تملك البدل و لو كان العود بعقد جديد فالأقوى عدم وجوب الرد مطلقا

لأنه ملک جدید تلقاه من مالکه. و الفاسخ إنما یملک بسبب ملکه السابق بعد ارتفاع السبب الناقل

[تصرف الغابن تصرفا مغیرا للعین]

اشارة

و لو تصرف الغابن تصرفا مغیرا للعین- فإما أن یکون بالنقیصة أو بالزیادة أو بالامتزاج

فإن کان بالنقیصة

فإما أن یکون نقصا یوجب الأرش و إما أن یکون مما لا یوجبه فإن أوجب الأرش أخذه مع الأرش کما هو مقتضی الفسخ لأن الفائت مضمون بجزء من العوض فإذا رد تمام العوض وجب رد مجموع المعوض فیتدارک الفائت منه ببدله و مثل ذلک ما لو تلف بعض العین و إن کان مما لا یوجب شیئا رده بلا شیء. و منه ما لو وجد العین مستأجرة فإن علی الفاسخ الصبر إلی أن ینقضی مدة الإجارة و لا یجب علی الغابن بذل عوض المنفعة المستوفاة بالنسبة إلی بقیة المدة بعد الفسخ لأن المنفعة من الزوائد المنفصلة المتخللة بین العقد و الفسخ فهی ملک للمفسوخ علیه فالمنفعة الدائمة تابعة للملک المطلق فإذا تحقق فی زمان ملک منفعة العین بأسرها و یحتمل انفساخ الإجارة فی بقیة المدة لأن ملک منفعة الملک المتزلزل متزلزل و هو الذی جزم به المحقق القمی فیما إذا فسخ البائع بخیاره المشروط له فی البیع و فیه نظر لمنع تزلزل ملک المنفعة. نعم ذکر العلامة فی القواعد فیما إذا وقع التفاسخ لأجل اختلاف المتبایعین أنه إذا وجد البائع العین مستأجرة کانت الأجرة للمشتری و المؤجر وجب علیه للبائع أجرة المثل للمدة الباقیة بعد الفسخ و قرره علی ذلک شراح الکتاب و سیجیء ما یمکن أن یکون فارقا بین المقامین

و إن کان التغییر بالزیادة

فإن کانت حکمیة محضة- کقصارة الثوب و تعلیم الصنعة فالظاهر ثبوت الشرکة فیه بنسبة تلک الزیادة بأن تقوم العین

المکاسب، ج۳، ص ۲۴۱

معها و لا معها و یؤخذ النسبة و لو لم یکن للزیادة مدخل فی زیادة القیمة فالظاهر عدم شیء لمحدثها لأنه إنما عمل فیما له و عمله لنفسه غیر مضمون علی غیره و لو لم یحصل منه فی الخارج ما یقابل المال و لو فی ضمن العین و لو کانت الزیادة عینا محضا کالغرس ففی تسلط المغبون علی القلع بلا أرش کما اختاره فی المختلف فی الشفعة أو عدم تسلطه علیه مطلقا کما علیه المشهور فیما إذا رجع بائع الأرض المغروسة بعد تفلیس المشتری أو تسلطه علیه مع الأرش کما اختاره فی المسالک هنا و قیل به فی الشفعة و العاریة وجوه من أن صفة کونه منصوبا المستلزمة لزیادة قیمته إنما هی عبارة عن کونه فی مکان صار ملکا للغیر فلا حق للغرس کما إذا باع أرضا مشغولة بماله و کان ماله فی تلک الأرض أزید قیمة. مضافا إلی ما فی المختلف فی مسألة الشفعة من أن الفائت لما حدث فی محل معرض للزوال لم یجب تدارکه و من أن الغرس المنصوب الذی هو مال للمشتری مال مغایر للمقلوع عرفا و لیس کالمتاع الموضوع فی بیت بحیث یکون تفاوت قیمته باعتبار المکان. مضافا إلی مفهوم قوله ص: لیس لعرق ظالم حق فیکون کما لو باع الأرض المغروسة و من أن الغرس إنما وقع فی ملک متزلزل و لا- دلیل علی استحقاق الغرس علی الأرض البقاء. و قیاس الأرض المغروسة علی الأرض المستأجرة حیث لا- یفسخ إجارتها و لا تغرم لها أجرة المثل فاسد للفرق بتملک المنفعة فی تمام المدة قبل استحقاق الفاسخ هناک بخلاف ما نحن فیه فإن المستحق هو الغرس المنصوب من دون استحقاق مکان فی الأرض فالتحقیق أن کلا من المالکین یملک ماله لا- بشرط حق له علی الآخر و لا علیه له فلکل منهما تخلیص ماله عن مال صاحبه فإن أراد مالک الغرس قلعه

فعلیه أرش طم الحفر و إن أراد مالک الأرض تخلیصها فعلیه أرش الغرس أعنی تفاوت ما بین کونه منصوبا دائما و کونه مقلوعا و کونه مالا للمالک علی صفة النصب دائما لیس اعترافا بعدم تسلطه علی قلعه لأن المال هو الغرس المنصوب و مرجع دوامه إلی دوام ثبوت هذا المال الخاص له فلیس هذا من باب استحقاق الغرس للمکان فافهم. و یبقی الفرق بین ما نحن فیه و بین مسألة التفلیس حیث ذهب الأکثر إلی أن لیس للبائع الفاسخ قلع الغرس و لو مع الأرش و یمکن الفرق بکون حدوث ملک الغرس فی ملک متزلزل فیما نحن فیه فحق المغبون إنما تعلق بالأرض قبل الغرس بخلاف مسألة التفلیس لأن سبب التزلزل هناک بعد الغرس فیشبه بیع الأرض المغروسة و لیس للمشتری قلعه و لو مع الأرش بلا خلاف بل عرفت أن العلامة فی المختلف جعل التزلزل موجبا لعدم استحقاق أرش الغرس ثم إذا جاز القلع فهل یجوز للمغبون مباشرة القلع أم له مطالبة المالک بالقلع- و مع امتناعه یجبره الحاکم أو یقلعه وجوه ذکروها فیما لو دخلت أغصان شجر الجار إلی داره و یحتمل الفرق بین المقامین من جهة کون الدخول هناک بغیر فعل المالک و لذا قیل فیه بعدم وجوب إجابة المالک الجار إلی القلع و إن جاز للجار قلعها بعد الامتناع أو قبله هذا کله حکم التخلیص. و أما لو اختار المغبون الإبقاء فمقتضی ما ذکرنا- من عدم ثبوت حق لأحد المالکین علی الآخر استحقاقه الأجرة علی البقاء لأن انتقال الأرض إلی المغبون بحق سابق علی الغرس لا- بسبب لا- حق له هذا کله حکم الشجر. و أما الزرع ففی المسالک أنه یتعین إبقاؤه بالأجرة لأن له أمدا ینتظر و لعله لإمکان الجمع بین الحقین علی وجه لا ضرر فیه علی الطرفین بخلاف مسألة الشجر فإن فی تعیین إبقائه بالأجرة ضررا علی مالک الأرض لطول مدة البقاء فتأمل. و لو طلب مالک الغرس القلع فهل لمالک الأرض منعه لاستلزامه نقص أرضه فإن کلا منهما مسلط علی ماله و لا یجوز تصرفه فی مال غیره إلا بإذنه أم لا لأن التسلط علی المال لا یوجب منع مالک آخر عن التصرف فی ماله وجهان أقواهما الثانی

و لو کان التغیر بالامتزاج

فإما أن یکون بغیر جنسه- و إما أن یکون بجنسه فإن کان بغیر جنسه فإن کان علی وجه الاستهلاک عرفا بحیث لا یحکم فی مثله بالشرکة کامتزاج ماء الورد المبیع بالزیت فهو فی حکم التالف یرجع إلی قیمته و إن کان لا علی وجه یعد تالفا کالخل الممتزج مع الأنجبین ففی کونه شریکا أو کونه کالمعدوم وجهان من حصول الاشتراک قهرا لو کانا للمالکین و من تغیر حقیقته فیکون کالتلف الرافع للخیار و إن کان الامتزاج بالجنس فإن کان بالمساوی یثبت الشرکة و إن کان بالأردإ فکذلک.
و فی استحقاقه لأرش النقص أو تفاوت الرداءة من الجنس الممتزج أو من ثمنه وجوه و لو کان بالأجود احتمل الشرکة فی الثمن بأن یباع و یعطی من الثمن بنسبة قیمته و یحتمل الشرکة بنسبة القیمة فإذا کان الأجود یساوی قیمتی الردیء کان المجموع بینهما أثلاثا و رده الشیخ فی مسألة رجوع البائع علی المفلس بعین ماله بأنه یستلزم الربا قیل و هو حسن مع عموم الربا لکل معاوضة.

بقی الکلام فی حکم تلف العوضین مع الغبن

و تفصیله أن التلف إما أن یکون فیما وصل إلی الغابن أو فیما وصل إلی المغبون و التلف إما بآفة أو بإتلاف أحدهما أو بإتلاف الأجنبی و حکمها أنه لو تلف ما فی ید المغبون فإن کان بآفة فمقتضی ما تقدم من التذکرة فی الإخراج عن الملک من تعلیل السقوط بعدم إمکان الاستدراک سقوط الخیار لکنک قد عرفت الکلام فی مورد التعلیل فضلا عن غیره و لذا اختار غیر واحد بقاء الخیار فإذا فسخ غرم قیمته یوم التلف أو یوم الفسخ و أخذ ما عند الغابن أو بدله و کذا لو کان بإتلافه و لو کان بإتلاف الأجنبی ففسخ المغبون أخذ الثمن و رجع الغابن إلی المتلف إن لم یرجع المغبون علیه و إن رجع علیه بالبدل ثم ظهر الغبن ففسخ رد علی الغابن القیمة یوم التلف أو یوم الفسخ و لو کان بإتلاف الغابن فإن لم یفسخ المغبون أخذ القیمة من الغابن و إن فسخ أخذ الثمن و لو کان إتلافه قبل ظهور الغبن فأبرأه المغبون من الغرامة ثم ظهر الغبن ففسخ وجب علیه رد القیمة لأن ما أبرأه بمنزلة المقبوض و لو تلف ما فی ید

الغابن بآفة أو بإتلافه ففسخ المغبون أخذ البدل.

و فی اعتبار القیمة یوم التلف أو یوم الفسخ قولان ظاهر الأکثر الأول و لکن صرح فی الدروس و المسالک و محکی حاشیة الشرائع للمحقق الثانی و صاحب

المکاسب، ج۳، ص ۲۴۲

الحدائق و بعض آخر أنه لو اشتری عینا بعین فقبض إحداهما دون الأخری فباع المقبوض ثم تلف غیر مقبوض أن البیع الأول ینفسخ بتلف متعلقة قبل القبض بخلاف البیع الثانی فیغرم البائع الثانی قیمة ما باعه یوم تلف غیر المقبوض و هذا ظاهر بل صریح فی أن العبرة بقیمة یوم الانفساخ دون تلف العین و الفرق بین المسألتین مشکل و تمام الکلام فی باب الإقالة إن شاء الله. و لو تلف بإتلاف الأجنبی رجع المغبون بعد الفسخ إلی الغابن لأنه الذی یرد إلیه العوض فیؤخذ منه المعوض أو بدله و لأنه ملک القیمة علی المتلف و یحتمل الرجوع إلی المتلف لأن المال فی ضمانه و ما لم یدفع العوض فنفس المال فی عهدته و لذا صرح فی الشرائع بجواز المصالحة علی ذلک المتلف بما لو صالح به علی قیمته لزم الربا. و صرح العلامة بأنه لو صالحه علی نفس المتلف بأقل من قیمته لم یلزم الربا و إن صالحه علی قیمته بالأقل لزم الربا بناء علی جریانه فی الصلح و یحتمل التخییر أما الغابن فلأنه ملک البدل و أما المتلف فلأن المال المتلف فی عهدته قبل أداء القیمة و إن کان بإتلاف المغبون فإن لم یفسخ غرم بدله و لو أبرأه الغابن من بدل المتلف فظهر الغبن ففسخ رد الثمن و أخذ قیمة المتلف لأن المبرإ منه کالمقبوض. هذا قلیل من کثیر ما یکون هذا المقام قابلا له من الکلام و ینبغی إحالة الزائد علی ما ذکروه فی غیر هذا المقام و الله العالم بالأحکام و رسوله و خلفائه الکرام صلوات الله علیه و علیهم إلی یوم القیام.

مسألة الظاهر ثبوت خیار الغبن فی کل معاوضة مالیة

بناء علی الاستناد فی ثبوته فی البیع إلی نفی الضرر. نعم لو استند إلی الإجماعات المنقولة أمکن الرجوع فی غیر البیع إلی أصالة اللزوم و ممن حکی عنه التصریح بالعموم فخر الدین قدس سره فی شرح الإرشاد و صاحب التنقیح و صاحب إیضاح النافع و عن إجازة جامع المقاصد جریانه فیها مستندا إلی أنه من توابع المعاوضات. نعم حکی عن المهذب البارع عدم جریانه فی الصلح و لعله لکون الغرض الأصلی فیه قطع المنازعة فلا یشرع فیه الفسخ و فیه ما لا یخفی. و فی غایة المرام التفصیل بین الصلح الواقع علی وجه المعاوضة فیجری فیه و بین الواقع علی إسقاط دعوی قبل ثبوتها ثم ظهر حقیة ما یدعیه و کان مغبونا فیما صالح به و الواقع علی ما فی الذمم و کان مجهولا ثم ظهر بعد عقد الصلح و ظهر غبن أحدهما علی تأمل و لعله للإقدام فی هذین علی رفع الید عما صالح عنه کائنا ما کان فقد أقدم علی الضرر. و حکی عن بعض التفصیل بین کل عقد وقع شخصه علی وجه المسامحة و کان الإقدام فیه علی المعاملة مبنیا علی عدم الالتفات إلی النقص و الزیادة بیعا کان أو صلحا أو غیرهما فإنه لا یصدق فیه اسم الغبن و بین غیره. و فیه مع أن منع صدق الغبن محل نظر أن الحکم بالخیار لم یعلق فی دلیل علی مفهوم لفظ الغبن حتی یتبع مصادیقه فإن الفتاوی مختصة بغبن البیع و حدیث نفی الضرر عام لم یخرج منه إلا ما استثنی فی الفتاوی من صورة الإقدام علی الضرر عالما به. نعم لو استدل بآیة التجارة عن تراض أو النهی عن أکل المال بالباطل- أمکن اختصاصها بما إذا أقدم علی المعاملة محتملا- للضرر مسامحا فی دفع ذلک الاحتمال. و الحاصل أن المسألة لا تخلو عن إشکال من جهة أصالة اللزوم و اختصاص معقد الإجماع و الشهرة بالبیع و عدم تعرض الأکثر لدخول هذا الخیار فی غیر البیع- کما تعرضوا لجریان خیار الشرط و تعرضهم لعدم جریان خیار المجلس فی غیر البیع لکونه محل خلاف لبعض العامة فی بعض أفراد ما عدا البیع فلا یدل علی عموم غیره لما عدا البیع و من دلالة حدیث نفی الضرر علی عدم لزوم المعاملة المغبون فیها فی صورة امتناع الغابن عن بذل التفاوت بعد إلحاق غیرها بظهور عدم الفصل عند الأصحاب و قد استدل به الأصحاب علی إثبات کثیر من الخیارات فدخوله فیما عدا البیع لا یخلو عن قوة نعم یبقی الإشکال فی شموله للصورة المتقدمة و هی ما إذا علم من الخارج بناء شخص تلک المعاملة بیعا کان أو غیره علی عدم المغابنة و المکایسة من حیث المالیة کما إذا احتاج

المشتری إلی قلیل من شیء مبتذل لحاجهٔ عظیمهٔ دینیهٔ أو دنیویهٔ فإنه لا یلاحظ فی شرائه مساواته للثمن المدفوع بإزائه فإن فی شمول الأدلهٔ لمثل هذا خفاء بل منعا إلا أن یتم بعدم القول بالفصل و الله العالم.

مسألهٔ اختلف أصحابنا فی کون هذا الخیار علی الفور أو علی التراخی

اشارهٔ

علی قولین

[الاستدلال للفور بآیهٔ أوفوا بالعقود]

و استند للقول الأول و هو المشهور ظاهرا إلی کون الخیار علی خلاف الأصل فیقتصر فیه علی المتیقن و قرره فی جامع المقاصد بأن العموم فی أفراد العقود یستتبع عموم الأزمنهٔ و إلا لم ینتفع بعمومه انتهی.

[الاستدلال للتراخی بالاستصحاب]

و للقول الثانی إلی الاستصحاب. و ذکر فی الریاض ما حاصله أن المستند فی هذا الخیار إن کان الإجماع المنقول اتجه التمسک بالاستصحاب و إن کان نفی الضرر وجب الاقتصار علی الزمان الأول إذ به یندفع الضرر.

[المناقشهٔ فی الوجوه المذکورهٔ]

أقول و یمکن الخدشهٔ فی جمیع الوجوه المذکورهٔ أما فی وجوب الاقتصار علی المتیقن فلأنه غیر متجه مع الاستصحاب و أما ما ذکره فی جامع المقاصد من عموم الأزمنهٔ فإن أراد به عمومها المستفاد من إطلاق الحکم بالنسبهٔ إلی زمانه الراجع بدلیل الحکمهٔ إلی استمراره فی جمیع الأزمنهٔ فلا یخفی أن هذا العموم فی کل فرد من موضوع الحکم تابع لدخوله تحت العموم فإذا فرض خروج فرد منه فلا یفرق فیه بین خروجه عن حکم العام دائما أو فی زمان ما إذ لیس فی خروجه دائما زیادهٔ تخصیص فی العام حتی یقتصر عند الشک فیه علی المتیقن نظیر ما إذا ورد تحریم فعل بعنوان العموم و خرج منه فرد خاص من ذلک الفعل لکن وقع الشک فی أن ارتفاع الحرمهٔ عن ذلک الفرد مختص ببعض الأزمنهٔ أو عام لجمیعها فإن اللازم هنا استصحاب حکم الخاص أعنی الحلیهٔ لا الرجوع فی ما بعد الزمان المتیقن إلی عموم التحریم و لیس هذا من معاوضهٔ العموم للاستصحاب و السر فیه ما عرفت من تبعیهٔ العموم الزمانی للعموم الأفرادی فإذا فرض خروج بعضها فلا مقتضی للعموم الزمانی فیه حتی یقتصر فیه من حیث الزمان علی المتیقن بل الفرد الخارج واحد دام زمان خروجه أو انقطع.

المکاسب، ج۳، ص ۲۴۳

نعم لو فرض إفادهٔ الکلام للعموم الزمانی علی وجه یکون الزمان مکثرا لأفراد العام بحیث یکون الفرد فی کل زمان مغایرا له فی زمان آخر کان اللازم بعد العلم بخروج فرد فی زمان ما الاقتصار علی المتیقن لأن خروج غیره من الزمان مستلزم لخروج فرد آخر من العام

غير ما علم خروجه كما إذا قال المولى لعبده أكرم العلماء فى كل يوم بحيث كان إكرام كل عالم فى كل يوم واجبا مستقلا غير إكرام ذلك العالم فى اليوم الآخر فإذا علم بخروج زيد العالم و شك فى خروجه عن العموم يوما أو أزيد وجب الرجوع فى ما بعد اليوم الأول إلى عموم وجوب الإكرام لا إلى استصحاب عدم وجوبه بل لو فرضنا عدم وجود ذلك العموم لم يجز التمسك بالاستصحاب بل يجب الرجوع إلى أصل آخر كما أن فى الصورة الأولى لو فرضنا عدم حجية الاستصحاب لم يجز الرجوع إلى العموم فما أوضح الفرق بين الصورتين. ثم لا يخفى أن مناط هذا الفرق ليس كون عموم الزمان فى الصورة الأولى من الإطلاق المحمول على العموم بدليل الحكمة و كونه فى الصورة الثانية عموما لغويا بل المناط كون الزمان فى الأولى ظرفا للحكم و إن فرض عمومه لغويا فيكون [الحكم فيه حكما واحدا مستمرا لموضوع واحد] فيكون مرجع الشك فيه إلى الشك فى استمرار حكم واحد و انقطاعه فيستصحب و الزمان فى الثانية مكثر لأفراد موضوع الحكم فمرجع الشك فى وجود الحكم فى الآن الثانى إلى ثبوت حكم الخاص لفرد من العام مغاير للفرد الأول و معلوم أن المرجع فيه إلى أصالة العموم فافهم و اغتنم. و بذلك يظهر فساد دفع كلام جامع المقاصد- بأن آية أَوْفُوا و غيرها مطلقة لا عامة فلا تنافى الاستصحاب إلا أن يدعى أن العموم لا يرجع إلا إلى العموم الزمانى على الوجه الأول.

فقد ظهر أيضا مما ذكرنا من تغاير موردى الرجوع إلى الاستصحاب و الرجوع إلى العموم فساد ما قيل فى الأصول من أن الاستصحاب قد يخصص العموم و مثل له بالصورة الأولى زعما منه أن الاستصحاب قد خصص العموم. و قد عرفت أن مقام جريان الاستصحاب لا يجوز فيه الرجوع إلى العموم و لو على فرض عدم الاستصحاب و مقام جريان العموم لا يجوز الرجوع إلى الاستصحاب و لو على فرض عدم العموم فليس شىء منهما ممنوعا بالآخر فى شىء من المقامين إذا عرفت هذا فما نحن فيه من قبيل الأول لأن العقد المغبون فيه إذا خرج عن عموم وجوب الوفاء فلا فرق بين عدم وجوب الوفاء به فى زمان واحد و بين عدم وجوبه رأسا نظير العقد الجائز دائما فليس الأمر دائرا بين قلة التخصيص و كثرته حتى يتمسك بالعموم فيما عدا المتيقن فلو فرض عدم جريان الاستصحاب فى الخيار على ما سنشير إليه لم يجز التمسك بالعموم أيضا. نعم يتمسك فيه حينئذ بأصالة اللزوم الثابتة بغير العمومات و أما استناد القول بالتراخى إلى الاستصحاب- فهو حسن على ما اشتهر من المسامحة فى تشخيص الموضوع فى استصحاب الحكم الشرعى الثابت بغير الأدلة اللفظية المشخصة للموضوع مع كون الشك من حيث استعداد الحكم للبقاء. و أما على التحقيق من عدم إحراز الموضوع فى مثل ذلك على وجه التحقيق فلا يجرى فيما نحن فيه الاستصحاب فإن المتيقن سابقا ثبوت الخيار لمن لم يتمكن من تدارك ضرره بالفسخ فإذا فرضنا ثبوت هذا الحكم من الشرع فلا معنى لانسحابه فى الآن اللاحق مع كون الشخص قد تمكن من التدارك و لم يفعل لأن هذا موضوع آخر يكون إثبات الحكم له من القياس المحرم. نعم لو أحرز الموضوع من دليل لفظى على المستصحب أو كان الشك فى رافع الحكم حتى لا يحتمل أن يكون الشك لأجل تغير الموضوع اتجه التمسك بالاستصحاب. و أما ما ذكره فى الرياض ففيه أنه إن بنى الأمر على التدقيق فى موضوع الاستصحاب كما أشرنا هنا و حققناه فى الأصول فلا يجرى الاستصحاب و إن كان المدرك للخيار الإجماع و إن بنى على المسامحة فيه كما اشتهر جرى الاستصحاب و إن استند فى الخيار إلى قاعدة الضرر كما اعترف به ولده قدس سره فى المناهل مستندا إلى احتمال أن يكون الضرر علة محدثة يكفى فى بقاء الحكم و إن ارتفع إلا أن يدعى أنه إذا استند الحكم إلى الضرر فالموضوع للخيار هو المتضرر العاجز عن تدارك ضرره و هو غير محقق فى الزمان اللاحق كما أشرنا-

[ما ذكره بعض المعاصرين فى المسألة]

اشارة

ثم إنه بنى المسألة بعض المعاصرين على ما لا محصل له فقال ما لفظه إن المسألة مبتنية على أن لزوم العقد معناه أن أثر العقد مستمر

إلى يوم القيامة و أن عموم الوفاء بالعقود عموم زمانى للقطع بأن ليس المراد بالآية الوفاء بالعقود آنا ما بل على الدوام. و قد فهم المشهور منها ذلك باعتبار أن الوفاء بها العمل بمقتضاها و لا ريب أن مفاده عرفا و بحسب قصد المتعاقدين الدوام فإن دل دليل على ثبوت خيار من ضرر أو إجماع أو نص فى ثبوته فى الماضى أو مطلقا بناء على الإهمال لا الإطلاق فى الأخبار فيكون استثناء من ذلك العام و يبقى العام على عمومه كاستثناء أيام الإقامة و الثلاثين و وقت المعصية و نحوها من حكم السفر أو أن اللزوم ليس كالعموم و إنما يثبت ملكا سابقا و يبقى حكمه مستصحبا إلى المزيل فتكون المعارضة بين استصحابين و الثانى وارد على الأول فيقدم عليه و الأول أقوى لأن حدوث الحادث مع زوال العلة السابقة يقضى بعدم اعتبار السابق أما مع بقائها فلا يلغو اعتبار السابق انتهى.

[المناقشة فى ما ذكره بعض المعاصرين]

و لا يخفى أن ما ذكره من المبنى للرجوع إلى العموم- و هو استمرار اللزوم مبنى لطرح العموم و الرجوع إلى الاستصحاب و أما ما ذكره أخيرا لمبنى الرجوع إلى الاستصحاب و حاصله أن اللزوم إنما يثبت بالاستصحاب فإذا ورد عليه استصحاب الخيار قدم عليه ففيه أن الكل متفقون على الاستناد فى أصالة اللزوم إلى عموم آية الوفاء و إن أمكن الاستناد فيه إلى الاستصحاب أيضا فلا وجه للإغماض عن الآية و ملاحظة الاستصحاب المقتضى للزوم مع استصحاب الخيار

[الأقوى الفور و الدليل عليه]

ثم إنه قد علم من تضاعيف ما أوردناه على كلمات الجماعة أن الأقوى كون الخيار هنا على الفور لأنه لما لم يجز التمسك فى الزمان الثانى بالعموم لما عرفت سابقا من أن مرجع العموم الزمانى فى هذا المقام إلى استمرار الحكم فى الأفراد فإذا انقطع الاستمرار فلا دليل على العود إليه كما فى جميع الأحكام المستمرة إذا طرأ عليها الانقطاع و لا بالاستصحاب الخيار لما عرفت

المكاسب، ج۳، ص ۲۴۴

من أن الموضوع غير محرز لاحتمال كون موضوع الحكم عند الشارع هو من لم يتمكن من تدارك ضرره بالفسخ فلا يشمل الشخص المتمكن منه التارك له بل قد يستظهر ذلك من حديث نفى الضرر تعين الرجوع إلى أصالة فساد فسخ المغبون و عدم ترتب الأثر عليه و بقاء آثار العقد فيثبت اللزوم من هذه الجهة و هذا ليس كاستصحاب الخيار لأن الشك هنا فى الواقع فالموضوع محرز كما فى استصحاب الطهارة بعد خروج المذى فافهم و اغتنم و الحمد لله. هذا مضافا إلى ما قد يقال هنا و فيما يشبهه من إجازة عقد الفضولى و نكاحه و غيرهما من أن تجويز التأخير فيها ضرر على من عليه الخيار و فيه تأمل ثم إن مقتضى ما استند إليه للفورية عدا هذا المؤيد الأخير هى الفورية العرفية لأن الاقتصار على الحقيقية حرج على ذى الخيار فلا ينبغى تدارك الضرر به و الزائد عليها لا دليل عليه عدا الاستصحاب المتسالم على رده بين أهل هذا القول لكن الذى يظهر من التذكرة فى خيار العيب على القول بفورية ما هو أوسع من الفور العرفى قال خيار العيب ليس على الفور على ما تقدم خلافا للشافعى فإنه اشترط الفورية و المبادرة بالعادة فلا يؤمر بالعدو و لا الركض للرد و إن كان مشغولا بصلاة أو أكل أو قضاء حاجة فله الخيار إلى أن يفرغ و كذا لو اطلع حين دخل وقت هذه الأمور فاشتغل بها فلا بأس إجماعا و كذا لو لبس ثوبا أو أغلق بابا و لو اطلع على العيب ليلا فله التأخير إلى أن يصبح و إن لم يكن عذر انتهى. و قد صرح فى الشفعة على القول بفوريتها بما يقرب من ذلك و جعلها من الإعذار و صرح فى الشفعة بأنه لا تجب المبادرة على خلاف العادة و رجع فى ذلك كله إلى العرف فكل ما لا يعد تقصيرا لا يبطل به الشفعة و كل ما يعد تقصيرا و توانيا فى الطلب فإنه مسقط لها انتهى. و المسألة لا تخلو عن إشكال لأن جعل حضور وقت الصلاة أو دخول الليل عذرا فى ترك الفسخ المتحقق بمجرد قوله فسخت لا دليل عليه. نعم لو توقف الفسخ على الحضور عند الخصم أو القاضى أو على الإشهاد توجه ما ذكر فى الجملة

مع أن قيام الدليل عليه مشكل إلا أن يجعل الدليل على الفورية لزوم الإضرار لمن عليه الخيار فيدفع ذلك بلزوم المبادرة العرفية بحيث لا يعد متوانيا فيه فإن هذا هو الذى يضر بحال من عليه الخيار من جهة عدم استقرار ملكه و كون تصرفاته فيه فى معرض النقص لكنك عرفت التأمل فى هذا الدليل

[رأى المصنف فى المسألة]

فالإنصاف أنه إن تم الإجماع الذى تقدم عن العلامة على عدم البأس بالأمور المذكورة و عدم قدح أمثالها فى الفورية فهو و إلا وجب الاقتصار على أول مراتب الإمكان إن شاء الفسخ و الله العالم

[معذورية الجاهل بالخيار فى ترك المبادرة]

ثم إن الظاهر أنه لا خلاف فى معذورية الجاهل بالخيار فى ترك المبادرة لعموم نفى الضرر إذ لا فرق بين الجاهل بالغبن [و الجاهل بالخيار فى ترك المبادرة لعموم نفى الضرر إذ لا فرق بين الجاهل بالغبن] و الجاهل بحكمه و ليس ترك الفحص عن الحكم الشرعى منافيا لمعذوريته كترك الفحص عن الغبن و عدمه و لو جهل الفورية فظاهر بعض الوفاق على المعذورية. و يشكل بعدم جريان نفى الضرر هنا لتمكنه من الفسخ و تدارك الضرر فيرجع إلى ما تقدم من أصالة بقاء آثار العقد و عدم صحة فسخ المغبون بعد الزمان الأول. و قد حكى عن بعض الأساطين عدم المعذورية فى خيار التأخير و المناط واحد و لو ادعى الجهل بالخيار فالأقوى القبول إلا أن يكون مما لا يخفى عليه هذا الحكم الشرعى إلا لعارض ففيه نظر. و قال فى التذكرة فى باب الشفعة إنه لو قال إنى لم أعلم ثبوت حق الشفعة أو قال أخرت لأنى لم أعلم أن الشفعة على الفور فإن كان قريب العهد بالإسلام أو نشأ فى برية لا يعرفون الأحكام قبل قوله و له الأخذ بالشفعة و إلا فلا انتهى. فإن أراد بالتقييد المذكور تخصيص السماع بمن يحتمل فى حقه الجهل فلا حاجة إليه لأن أكثر العوام و كثيرا من الخواص لا يعلمون مثل هذه الأحكام و إن أراد تخصيص السماع بمن يكون الظاهر فى حقه عدم العلم ففيه أنه لا داعى إلى اعتبار الظهور مع أن الأصل العدم

و الأقوى أن الناسى فى حكم الجاهل

و فى سماع دعواه النسيان نظر من أنه مدع و من تعسر إقامة البينة عليه و أنه لا يعرف إلا من قبله. و أما الشك فى ثبوت الخيار فالظاهر معذوريته و يحتمل عدم معذوريته لتمكنه من الفسخ بعد الاطلاع على الغبن ثم السؤال عن صحته شرعا فهو متمكن من الفسخ العرفى إذ الجهل بالصحة لا يمنع عن الإنشاء فهو مقصر بترك الفسخ لا لعذر فافهم و الله العالم

الخامس خيار التأخير

[كلام التذكرة فى خيار التأخير]

قال فى التذكرة من باع شيئا و لم يسلمه إلى المشترى و لا قبض الثمن و لا شرط تأخيره و لو ساعة لزم البيع ثلاثة أيام فإن جاء المشترى بالثمن فى هذه الثلاثة فهو أحق بالعين و إن مضت الثلاثة و لم يأت بالثمن تخير البائع بين فسخ العقد و الصبر و المطالبة

بالثمن عند علمائنا أجمع.

[الدليل على هذا الخيار]

اشارة

و الأصل فى ذلك قبل الإجماع المحكى عن الانتصار و الخلاف و الجواهر و غيرها- المعتضد بدعوى الاتفاق المصرح بها فى التذكرة و الظاهرة من غيرها و بما ذكره فى التذكرة من أن الصبر أبدا مظنة الضرر المنفى بالخبر بل الضرر هنا أشد من الضرر فى الغبن حيث إن المبيع هنا فى ضمانه و تلفه منه و ملك لغيره لا يجوز له التصرف فيه

الأخبار المستفيضة

اشارة

منها رواية على بن يقطين قال: سألت أبا الحسن ع عن الرجل يبيع البيع و لا يقبضه صاحبه و لا يقبض الثمن قال الأجل بينهما ثلاثة أيام فإن قبض بيعه و إلا فلا بيع بينهما و رواية إسحاق بن عمار عن العبد الصالح قال: من اشترى بيعا فمضت ثلاثة أيام و لم يجىء فلا بيع له و رواية ابن الحجاج قال: اشتريت محملا و أعطيت بعض الثمن و تركته عند صاحبه ثم احتبست أياما ثم جئت إلى بائع المحمل لأخذه فقال قد بعته فضحكت ثم قلت لا و الله لا أدعك أو أقاضيك- فقال أ ترضى بأبى بكر ابن عياش قلت نعم فأتيناه فقصصنا عليه قصصنا فقال أبو بكر بقول من تحب أن أقضى بينكما أ بقول صاحبك أو غيره قلت بقول صاحبى قال سمعته يقول من اشترى شيئا فجاء بالثمن ما بينه و بين ثلاثة أيام و إلا فلا بيع له و صحيحة زرارة عن أبى جعفر ع: قلت له الرجل يشترى من الرجل المتاع ثم يدعه عنده فيقول آتيك بثمنه قال إن جاء ما بينه و بين ثلاثة أيام و إلا فلا بيع له.

و ظاهر هذه الأخبار بطلان البيع

كما فهمه فى المبسوط حيث قال روى أصحابنا أنه إذا اشترى شيئا بعينه بثمن معلوم و قال للبائع أجيئك

المكاسب، ج۳، ص ۲۴۵

بالثمن و مضى فإن جاء فى مدة الثلاثة كان البيع له و إن لم يرتجع بطل البيع انتهى. و ربما يحكى هذا عن ظاهر الإسكافى المعبر بلفظ الروايات و توقف فيه المحقق الأردبيلى و قواه صاحب الكفاية و جزم به فى الحدائق طاعنا على العلامة فى المختلف حيث إنه اعترف بظهور الأخبار فى خلاف المشهور ثم اختار المشهور مستدلا بأن الأصل بقاء صحة العقد و حمل الأخبار على نفى اللزوم أقول ظهور الأخبار فى الفساد فى محله إلا أن فهم العلماء و حملهم الأخبار على نفى اللزوم مما يقرب هذا المعنى مضافا إلى ما يقال من أن قوله ع فى أكثر تلك الأخبار لا بيع له ظاهر فى انتفاء البيع بالنسبة إلى المشترى فقط و لا يكون إلا نفى اللزوم من طرف البائع إلا أن فى رواية ابن يقطين: فلا بيع بينهما و كيف كان فلا أقل من الشك فيرجع إلى استصحاب الآثار المترتبة على البيع و توهم كون الصحة سابقا فى ضمن اللزوم فيرتفع بارتفاعه مندفع بأن اللزوم ليس من قبيل الفصل للصحة و إنما هو حكم مقارن لها فى خصوص البيع الخالى من الخيار

ثم إنه يشترط فی هذا الخیار أمور

أحدها عدم قبض المبیع

و لا خلاف فی اشتراطه ظاهرا- و یدل علیه من الروایات المتقدمهٔ قوله فی صحیحهٔ علی بن یقطین المتقدمهٔ: فإن قبض بیعه و إلا فلا بیع بینهما بناء علی أن البیع هنا بمعنی المبیع لکن فی الریاض إنکار دلالهٔ الأخبار علی هذا الشرط و تبعه بعض المعاصرین و لا أعلم له وجها غیر سقوط هذه الفقرهٔ عن النسخهٔ المأخوذهٔ منها الروایهٔ و احتمال قراءهٔ قبض بالتخفیف و بیعه بالتشدید یعنی قبض بائعه الثمن و لا یخفی ضعف هذا الاحتمال لأن استعمال البیع بالتشدید مفردا نادر- بل لم یوجد مع إمکان إجراء أصالهٔ عدم التشدید نظیر ما ذکره فی الروضهٔ من أصالهٔ عدم المد فی لفظ البکاء الوارد فی قواطع الصلاهٔ ثم إنه لو کان عدم قبض المشتری لعدوان البائع- بأن بذل له الثمن فامتنع من أخذه و إقباض المبیع فالظاهر عدم الخیار لأن ظاهر النص و الفتوی کون هذا الخیار إرفاقا للبائع و دفعا لتضرره- فلا یجری فیما إذا کان الامتناع من قبله و لو قبضه المشتری علی وجه یکون للبائع استرداده کما إذا کان بدون إذنه مع عدم إقباض الثمن ففی کونه کلا قبض مطلقا أو مع استرداده أو کونه قبضا وجوه- رابعها ابتناء المسألهٔ علی ما سیجیء فی أحکام القبض من ارتفاع الضمان عن البائع بهذا القبض و عدمه و لعله الأقوی إذ مع ارتفاع الضمان بهذا القبض لا ضرر علی البائع إلا من جهة وجوب حفظ المبیع لمالکه و تضرره بعدم وصول ثمنه إلیه و کلاهما ممکن الاندفاع بأخذ المبیع مقاصهٔ و أما مع عدم ارتفاع الضمان بذلک فیجری دلیل الضرر بالتقریب المتقدم و إن ادعی انصراف الأخبار إلی غیر هذه الصورهٔ لکنه مشکل کدعوی شمولها و لو قلنا بارتفاع الضمان و لو مکن المشتری من القبض فلم یقبض- فالأقوی أیضا ابتناء المسألهٔ علی ارتفاع الضمان و عدمه. و ربما یستظهر من قول السائل فی بعض الروایات ثم یدعه عنده عدم کفایهٔ التمکین و فیه نظر- و الأقوی عدم الخیار لعدم الضمان و فی کون قبض بعض المبیع کلاـ قبض لظاهر الأخبار أو کالقبض لدعوی انصرافها إلی صورهٔ عدم قبض شیء منه أو تبعیض الخیار بالنسبهٔ إلی المقبوض و غیره استنادا مع تسلیم الانصراف المذکور إلی تحقق الضرر بالنسبهٔ إلی غیر المقبوض لا غیره وجوه.

الشرط الثانی عدم قبض مجموع الثمن

و اشتراطه مجمع علیه نصا و فتوی و قبض البعض کلاـ قبض بظاهر الأخبار- المعتضد بفهم أبی بکر بن عیاش فی روایهٔ ابن الحجاج المتقدمهٔ و ربما یستدل بتلک الروایهٔ تبعا للتذکرهٔ و فیه نظر و القبض بدون الإذن کعدمه- لظهور الأخبار فی اشتراط وقوعه بالإذن فی بقاء البیع علی اللزوم مع أن ضرر ضمان المبیع مع عدم وصول الثمن إلیه علی وجه یجوز له التصرف فیه باق.

نعم لو کان القبض بدون الإذن حقا کما إذا عرض المبیع علی المشتری فلم یقبضه فالظاهر عدم الخیار لعدم دخوله فی منصرف الأخبار و عدم تضرر البائع بالتأخیر و ربما یقال بکفایهٔ القبض هنا مطلقا مع الاعتراف باعتبار الإذن فی الشرط السابق أعنی قبض المبیع نظرا إلی أنهم شرطوا فی عناوین المسألهٔ فی طرف المبیع عدم إقباض المبیع إیاه و فی طرف الثمن عدم قبضه و فیه نظر لأن هذا النحو من التعبیر من مناسبات عنوان المسألهٔ باسم البائع فیعبر فی طرف الثمن و المثمن بما هو فعل له و هو القبض فی الأول و الإقباض فی الثانی فتأمل. و لو أجاز المشتری قبض الثمن بناء علی اعتبار الإذن کانت فی حکم الإذن و هل هی کاشفهٔ أو مثبتهٔ أقواهما الثانی و یترتب علیه ما لو قبض قبل الثلاثهٔ فأجاز المشتری بعدها.

الشرط الثالث عدم اشتراط تأخیر تسلیم أحد العوضین

لأن المتبادر من النص غير ذلك فيقتصر فى مخالفة الأصل على منصرف النص مع أنه فى الجملة إجماعى.

الشرط الرابع أن يكون المبيع عينا أو شبهه

كصاع من صبرة- نص عليه الشيخ فى عبارته المتقدمة فى نقل مضمون روايات أصحابنا و ظاهره كونه مفتى به عندهم و صرح به فى التحرير و المهذب البارع و غاية المرام و هو ظاهر جامع المقاصد حيث قال لا فرق فى الثمن بين كونه عينا أو فى الذمة و قال فى الغنية و روى أصحابنا أن المشترى إذا لم يقبض المبيع و قال أجيئك بالثمن و مضى فعلى البائع الصبر عليه ثلاثا ثم هو بالخيار بين فسخ البيع و مطالبته بالثمن هذا إذا كان المبيع مما يصح بقائه فإن لم يكن كذلك كالخضراوات فعليه الصبر يوما واحدا ثم هو بالخيار ثم ذكر أن تلف المبيع قبل الثلاثة من مال المشترى و بعده من مال البائع ثم قال و يدل على ذلك كله إجماع الطائفة انتهى. و فى معقد إجماع الانتصار و الخلاف و جواهر القاضى لو باع شيئا معينا بثمن معين لكن فى بعض نسخ الجواهر لو باع شيئا غير معين.
و قد أخذ عنه فى مفتاح الكرامة و غيره و نسب إلى القاضى دعوى الإجماع على غير المعين و أظن الغلط فى تلك النسخة و الظاهر أن المراد بالثمن المعين فى معقد إجماعهم هو المعلوم فى مقابل المجهول لأن تشخص الثمن غير معتبر إجماعا و لذا وصف فى التحرير تبعا للمبسوط المبيع بالمعين و الثمن بالمعلوم و من البعيد
المكاسب، ج۳، ص ۲۴۶
اختلاف عنوان ما نسبه فى الخلاف إلى إجماع الفرقة و أخبارهم مع ما نسبه فى المبسوط إلى روايات أصحابنا مع أنا نقول إن ظاهر المعين فى معاقد الإجماعات التشخص العينى لا مجرد المعلوم فى مقابل المجهول و لو كان كليا خرجنا عن هذا الظاهر بالنسبة إلى الثمن للإجماع على عدم اعتبار التعيين فيه مع أنه فرق بين الثمن المعين و الشيء المعين فإن الثانى ظاهر فى الشخصى بخلاف الأول. و أما معقد إجماع التذكرة المتقدم فى عنوان المسألة فهو مختص بالشخصى لأنه ذكر فى معقد الإجماع أن المشترى لو جاء بالثمن فى الثلاثة فهو أحق بالعين و لا يخفى أن العين ظاهر فى الشخصى هذه حال معاقد الإجماعات. و أما حديث نفى الضرر فهو مختص بالشخصى لأنه المضمون على البائع قبل القبض فيتضرر بضمانه و عدم جواز التصرف فيه و عدم وصول بدله إليه بخلاف الكلى. و أما النصوص فروايتا ابن يقطين و ابن عمار مشتملتان على لفظ البيع المراد به المبيع الذى يطلق قبل البيع على العين المعرضة للبيع و لا مناسبة فى إطلاقه على الكلى كما لا يخفى و رواية زرارة ظاهرة أيضا فى الشخصى من جهة لفظ المتاع و قوله يدعه عنده فلم يبق إلا قوله ع فى رواية أبى بكر بن عياش: من اشترى شيئا فإن إطلاقه و إن شمل المعين و الكلى إلا أن الظاهر من لفظ الشيء الموجود الخارجى- كما فى قول القائل اشتريت شيئا و لو فى ضمن أمور متعددة كصاع من صبرة و الكلى المبيع ليس موجودا خارجيا إذ ليس المراد من الكلى هنا الكلى الطبيعى الموجود فى الخارج لأن المبيع قد يكون معدوما عند العقد و الموجود منه قد لا يملكه البائع حتى يملكه بل هو أمر اعتبارى يعامل فى العرف و الشرع معه معاملة الأملاك و هذه المعاملة و إن اقتضت صحة إطلاق لفظ الشيء عليه أو على ما يعمه إلا أنه ليس بحيث لو أريد من اللفظ خصوص ما عداه من الموجود الخارجى الشخصى احتيج إلى قرينة على التقييد فهو نظير المجاز المشهور و المطلق المنصرف إلى بعض أفراده انصرافا لا يحوج إرادة المطلق إلى القرينة- فلا يمكن دفع احتمال إرادة خصوص الموجود الخارجى بأصالة عدم القرينة فافهم. فقد ظهر مما ذكرنا أن ليس فى أدلة المسألة- من النصوص و الإجماعات المنقولة و دليل الضرر ما يجرى فى المبيع الكلى و ربما ينسب التعميم إلى ظاهر الأكثر- لعدم تقييدهم البيع بالشخصى. و فيه أن التأمل فى عباراتهم مع الإنصاف يعطى الاختصاص بالمعين أو الشك فى التعميم مع أنه معارض بعدم تصريح أحد بكون المسألة محل الخلاف من حيث التعميم و التخصيص إلا الشهيد فى الدروس حيث قال إن الشيخ قدس سره قيد فى المبسوط هذا الخيار بشراء المعين فإنه ظاهر فى عدم فهم هذا التقييد من كلمات باقى الأصحاب لكنك عرفت أن الشيخ قدس سره قد أخذ هذا التقييد فى

مضمون روايات أصحابنا و كيف كان فالتأمل فى أدلة المسألة و فتاوى الأصحاب يشرف الفقيه على القطع باختصاص الحكم بالمعين

ثم إن هنا أمورا قيل باعتبارها فى هذا الخيار

منها عدم الخيار لأحدهما أو لهما

. قال فى التحرير و لا خيار للبائع لو كان فى المبيع خيار لأحدهما. و فى السرائر قيد الحكم فى عنوان المسألة بقوله و لم يشترطا خيارا لهما أو لأحدهما و ظاهره الاختصاص بخيار الشرط و يحتمل أن يكون الاقتصار عليه لعنوان المسألة فى كلامه بغير الحيوان و هو المتاع- و كيف كان فلا أعرف وجها معتمدا فى اشتراط هذا الشرط- سواء أراد ما يعم خيار الحيوان أم خصوص خيار الشرط و سواء أريد مطلق الخيار و لو اختص بما قبل انقضاء الثلاثة أم أريد خصوص الخيار المحقق فيما بعد الثلاثة سواء أحدث فيها أم بعدها و أوجه ما يقال فى توجيه هذا القول مضافا إلى دعوى انصراف النصوص إلى غير هذا الفرض أن شرط الخيار فى قوة اشتراط التأخير و تأخير المشترى بحق الخيار ينفى خيار البائع. و توضيح ذلك ما ذكره فى التذكرة فى أحكام الخيار من أنه لا يجب على البائع تسليم المبيع و لا على المشترى تسليم الثمن فى زمان الخيار و لو تبرع أحدهما بالتسليم لم يبطل خياره و لا يجبر الآخر على تسليم ما فى يده و له استرداد المدفوع قضية للخيار. و قال بعض الشافعية ليس له استرداده و له أخذ ما عند صاحبه بدون رضاه كما لو كان التسليم بعد لزوم البيع انتهى. و حينئذ فوجه هذا الاشتراط أن ظاهر الأخبار كون عدم مجيء المشترى بالثمن بغير حق التأخير و ذو الخيار له حق التأخير و ظاهرها أيضا كون عدم إقباض البائع لعدم قبض الثمن لا لحق له فى عدم الإقباض. و الحاصل أن الخيار بمنزلة تأجيل أحد العوضين. و فيه بعد تسليم الحكم فى الخيار و تسليم انصراف الأخبار إلى كون التأخير بغير حق أنه ينبغى على هذا القول كون مبدأ الثلاثة من حين التفرق و كون هذا الخيار مختصا بغير الحيوان مع اتفاقهم على ثبوته فيه كما يظهر من المختلف. و ذهب الصدوق إلى كون الخيار فى الجارية بعد شهر إلا أن يراد بما فى التحرير عدم ثبوت خيار التأخير ما دام الخيار ثابتا لأحدهما فلا ينافى ثبوته فى الحيوان بعد الثلاثة. و قد يفصل بين ثبوت الخيار للبائع من جهة أخرى فيسقط معه هذا الخيار لأن خيار التأخير شرع لدفع ضرره و قد اندفع بغيره و لدلالة النص و الفتوى على لزوم البيع فى الثلاثة فيختص بغير صورة ثبوت الخيار له قال و دعوى أن المراد من الأخبار اللزوم من هذه الجهة مدفوعة بأن التأخير سبب للخيار و لا يتقيد الحكم بالسبب و بين ما إذا كان الخيار للمشترى فلا وجه لسقوطه مع أن اللازم منه عدم ثبوت هذا الخيار فى الحيوان. و وجه ضعف هذا التفصيل أن ضرر الصبر بعد الثلاثة لا يندفع بالخيار فى الثلاثة. و أما ما ذكره من عدم تقييد الحكم بالسبب فلا يمنع من كون نفى الخيار فى الثلاثة من جهة التضرر بالتأخير و لذا لا ينافى هذا الخيار خيار المجلس- .

و منها تعدد المتعاقدين

لأن النص مختص بصورة التعدد و لأن هذا الخيار ثبت بعد خيار المجلس و خيار المجلس باق مع اتحاد العاقد إلا مع إسقاطه. و فيه أن المناط عدم الإقباض و القبض و لا إشكال فى تصوره من المالكين مع اتحاد العاقد من قبلهما. و أما خيار المجلس فقد عرفت أنه غير ثابت للوكيل فى مجرد العقد

المكاسب، ج۳، ص ۲۴۷

و على تقديره فيمكن إسقاطه أو اشتراط عدمه. نعم لو كان العاقد وليا بيده العوضان لم يتحقق الشرطان الأولان أعنى عدم الإقباض و

القبض و لیس ذلک من جهۀ اشتراط التعدد.

و منها أن لا یکون المبیع حیوانا أو خصوص الجاریۀ

فإن المحکی عن الصدوق فی المقنع أنه إذا اشتری جاریۀ فقال أجیئک بالثمن فإن جاء بالثمن فیما بینه و بین شهر و إلا فلا بیع له. و ظاهر المختلف نسبۀ الخلاف إلی الصدوق فی مطلق الحیوان و المستند فیه روایۀ ابن یقطین: عن رجل اشتری جاریۀ فقال أجیئک بالثمن فقال إن جاء بالثمن فیما بینه و بین شهر و إلا فلا بیع له و لا دلالۀ فیها علی صورۀ عدم إقباض الجاریۀ و لا قرینۀ علی حملها علیها فیحتمل الحمل علی اشتراط المجیء بالثمن إلی شهر فی متن العقد فیثبت الخیار عند تخلف الشرط و یحتمل الحمل علی استحباب صبر البائع و عدم فسخه إلی شهر و کیف کان فالروایۀ مخالفۀ لعمل المعظم فلا بد من حملها علی بعض الوجوه

ثم إن مبدء الثلاثۀ من حین التفرق أو من حین العقد

وجهان من ظهور قوله:

فإن جاء بالثمن بینه و بین ثلاثۀ أیام فی کون مدۀ الغیبۀ ثلاثۀ و من کون ذلک کنایۀ عن عدم التقابض ثلاثۀ أیام کما هو ظاهر قوله ع فی روایۀ ابن یقطین:

الأجل بینهما ثلاثۀ أیام فإن قبض بیعه و إلا فلا بیع بینهما و هذا هو الأقوی.

مسألۀ یسقط هذا الخیار بأمور

أحدها إسقاطه بعد الثلاثۀ

بلا إشکال و لا خلاف و فی سقوطه بالإسقاط فی الثلاثۀ وجهان من أن السبب فیه الضرر الحاصل بالتأخیر فلا یتحقق إلا بعد الثلاثۀ و لذا صرح فی التذکرۀ بعدم جواز إسقاط خیار الشرط قبل التفرق إذا قلنا بکون مبدئه بعده مع أنه أولی بالجواز و من أن العقد سبب الخیار فیکفی وجوده فی إسقاطه مضافا إلی فحوی جواز اشتراط سقوطه فی ضمن العقد

الثانی اشتراط سقوطه فی متن العقد

حکی عن الدروس و جامع المقاصد و تعلیق الإرشاد و لعله لعموم أدلۀ الشروط و یشکل علی عدم جواز إسقاطه فی الثلاثۀ بناء علی أن السبب فی هذا الخیار هو الضرر الحادث بالتأخیر دون العقد فإن الشرط إنما یسقط به ما یقبل الإسقاط بدون الشرط و لا یوجب شرعیۀ سقوط ما لا یشرع إسقاطه بدون شرط فإن کان إجماع علی السقوط بالشرط کما حکاه بعض قلنا به بل بصحۀ الإسقاط بعد العقد لفحواه و إلا فللنظر فیه مجال.

الثالث بذل المشتری للثمن بعد الثلاثۀ

فإن المصرح به فی التذکرۀ سقوط الخیار حینئذ و قیل بعدم السقوط بذلک استصحابا و هو حسن لو استند فی الخیار إلی الأخبار و أما إذا استند فیه إلی الضرر [- ۳- ۴۸۷- ۲] فلا شک فی عدم الضرر حال بذل الثمن فلا ضرر لیتدارک بالخیار و لو فرض تضرره سابقا بالتأخیر فالخیار لا یوجب تدارک ذلک و إنما یتدارک به الضرر المستقبل و دعوی أن حدوث الضرر قبل البذل یکفی فی بقاء الخیار مدفوعۀ بأن الأحکام المترتبۀ علی نفی الضرر تابعۀ للضرر الفعلی لا مجرد حدوث الضرر فی زمان و لا یبعد دعوی انصراف الأخبار إلی صورۀ التضرر فعلا- یقال بأن عدم حضور المشتری علۀ لانتفاء اللزوم یدور معها وجودا و عدما و کیف کان فمختار

التذكرة لا يخلو عن قوة.

الرابع أخذ [- ۲- ۵۵- ۵] الثمن من المشترى بناء على عدم سقوطه بالبذل

و إلا لم يحتج إلى الأخذ به و السقوط به لأنه التزام فعلى [- ۳- ۴۸۷- ۶] بالبيع و رضا بلزومه و هل يشترط إفادة العلم بكونه لأجل الالتزام أو يكفى الظن فلو احتمل كون الأخذ بعنوان العارية أو غيرها لم ينفع أم لا- يعتبر الظن أيضا وجوه من عدم تحقق موضوع الالتزام إلا بالعلم و من كون الفعل مع إفادة الظن أمارة عرفية على الالتزام كالقول. و مما تقدم من سقوط خيار الحيوان أو الشرط بما كان رضاء نوعيا بالعقد و هذا من أوضح أفراده. و قد بينا عدم اعتبار الظن الشخصى فى دلالة التصرف على الرضا و خير الوجوه أوسطها لكن الأقوى الأخير و هل يسقط الخيار بمطالبة الثمن المصرح به فى التذكرة و غيرها العدم للأصل و عدم الدليل و يحتمل السقوط لدلالته على الرضا بالبيع. و فيه أن سبب الخيار هو التضرر فى المستقبل- لما عرفت من أن الخيار لا يتدارك به ما مضى من ضرر الصبر و مطالبة الثمن لا- يدل على التزام الضرر المستقبل حتى يكون التزاما بالبيع بل مطالبة الثمن إنما هو استدفاع للضرر المستقبل كالفسخ لا- الالتزام بذلك الضرر ليسقط الخيار و ليس الضرر هنا من قبيل الضرر فى بيع الغبن و نحوه مما كان الضرر حاصلا بنفس العقد حتى يكون الرضا به بعد العقد و العلم بالضرر التزاما بالضرر الذى هو سبب الخيار. و بالجملة فالمسقط لهذا الخيار ليس إلا دفع الضرر المستقبل ببذل الثمن أو التزامه بإسقاطه أو اشتراط سقوطه و ما تقدم من سقوط الخيارات المتقدمة بما يدل على الرضا فإنما هو حيث يكون العقد سببا للخيار و لو من جهة التضرر بلزومه و ما نحن فيه ليس من هذا القبيل مع أن سقوط تلك الخيارات بمجرد مطالبة الثمن أيضا محل نظر لعدم كونه تصرفا و الله العالم.

مسألة فى كون هذا الخيار على الفور أو التراخى

قولان و قد تقدم ما يصلح أن يستند إليه لكل من القولين فى مطلق الخيار مع قطع النظر عن خصوصيات الموارد و قد عرفت أن الأقوى الفور و يمكن أن يقال فى خصوص [- ۱- ۱۳۰- ۱] ما نحن فيه أن ظاهر قوله ع لا- بيع له نفى البيع رأسا و إلا- نسب بنفى الحقيقة بعد عدم إرادة نفى الصحة هو نفى لزومه رأسا بأن لا يعود لازما أبدا فتأمل. [- ۳- ۴۸۷- ۱۳] ثم على تقدير إهمال النص و عدم ظهوره فى العموم يمكن التمسك بالاستصحاب هنا لأن اللزوم إذا ارتفع عن البيع فى زمان فعوده يحتاج إلى دليل و ليس الشك هنا فى موضوع المستصحب نظير ما تقدم فى استصحاب الخيار لأن الموضوع مستفاد من النص فراجع و كيف كان فالقول بالتراخى لا يخلو عن قوة إما لظهور النص و إما للاستصحاب- .

مسألة لو تلف المبيع بعد الثلاثة- كان من البائع إجماعا مستفيضا

بل متواترا كما فى الرياض و يدل عليه النبوى المشهور و إن كان فى كتب روايات أصحابنا غير مسطور: كل مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بائعه و إطلاقه كمعاقد الإجماعات يعم ما لو تلف فى حال الخيار أم تلف بعد بطلانه كما لو قلنا بكونه على الفور فبطل بالتأخير أو بذل المشترى الثمن فتلف العين فى هذا الحال و قد يعارض النبوى بقاعدة

المكاسب، ج۳، ص ۲۴۸

الملازمة بين النماء و الدرك المستفادة من النص و الاستقراء و القاعدة المجمع عليها من أن التلف فى زمان الخيار ممن لا خيار له لكن النبوى أخص من القاعدة الأولى فلا معارضة و القاعدة الثانية لا عموم فيها يشمل جميع أفراد الخيار و لا جميع أحوال البيع حتى قبل القبض بل التحقيق فيها كما سيجيء إن شاء الله اختصاصها بخيار المجلس و الشرط و الحيوان مع كون التلف بعد القبض و لو تلف فى الثلاثة فالمشهور كونه من مال البائع أيضا. و عن الخلاف الإجماع عليه خلافا لجماعة من القدماء منهم المفيد و السيدان

مدعين عليه الإجماع و هو مع قاعدة ضمان المالك [- ۵- ۳۸۴- ۱] لما له يصح حجة لهذا القول لكن الإجماع معارض بل موهون و القاعدة مخصصة بالنبوى المذكور المنجبر من حيث الصدور مضافا إلى رواية عقبة بن خالد: [- ۳- ۴۸۹- ۴] فى رجل اشترى متاعا من رجل و أوجبه غير أنه ترك المتاع عنده و لم يقبضه قال آتيك غدا إن شاء الله تعالى فسرق المتاع من مال من يكون قال من مال صاحب المتاع الذى هو فى بيته حتى يقبض المال و يخرجه من بيته فإذا أخرجه من بيته فالمبتاع ضامن لحقه- حتى يرد إليه حقه و لو مكنه من القبض [- ۲- ۵۷- ۱] فلم يتسلم فضمان البائع مبنى على ارتفاع الضمان بذلك و هو الأقوى. قال الشيخ فى النهاية إذا باع الإنسان شيئا و لم يقبض المتاع [- ۳- ۵۰۴- ۹] و لا قبض الثمن و مضى المبتاع فإن العقد موقوف ثلاثة أيام فإن جاء المبتاع فى مدة ثلاثة أيام كان المبيع له و إن مضت ثلاثة أيام كان البائع أولى بالمتاع فإن هلك المتاع فى هذه الثلاثة أيام و لم يكن قبضه إياه كان من مال البائع دون المبتاع و إن كان قبضه إياه ثم هلك فى مدة ثلاثة أيام كان من مال المبتاع و إن هلك بعد الثلاثة أيام كان من مال البائع على كل حال لأن الخيار له بعدها انتهى المحكى فى المختلف. و قال بعد الحكاية و فيه نظر إذ مع القبض يلزم البيع انتهى. أقول كأنه جعل الفقرة الثالثة مقابلة للفقرتين فتشمل ما بعد القبض و ما قبله خصوصا مع قوله على كل حال لكن التعميم مع أنه خلاف الإجماع مناف لتعليل الحكم [- ۲- ۳۵۷- ۵] بعد ذلك بقوله لأن الخيار له بعد ثلاثة أيام- فإن المعلوم أن الخيار إنما يكون له مع عدم القبض فيدل ذلك على أن الحكم المعلل مفروض فيما قبل القبض

مسألة لو اشترى ما يفسد من يومه فإن جاء بالثمن ما بينه و بين الليل و إلا فلا بيع له

كما فى مرسلة محمد بن أبى حمزة و المراد من نفى البيع نفى لزومه و يدل عليه قاعدة نفى الضرر فإن البائع ضامن للمبيع ممنوع عن التصرف فيه محروم عن الثمن و من هنا يمكن تعدية الحكم إلى كل مورد يتحقق فيه هذا الضرر و إن خرج عن مورد النص كما إذا كان المبيع مما يفسد فى نصف يوم أو فى يومين فيثبت فيه الخيار فى زمان يكون التأخير عنه ضررا على البائع لكن ظاهر النص يوهم خلاف ما ذكرنا لأن الموضوع فيه ما يفسد من يومه و الحكم فيه بثبوت الخيار من أول الليل فيكون الخيار فى أول أزمنة الفساد و من المعلوم أن الخيار حينئذ لا يجدى للبائع شيئا لكن المراد من اليوم اليوم و ليلة فالمعنى أنه لا يبقى على صفة الصلاح أزيد من يوم بليلة فيكون المفسد له المبيت لا مجرد دخول الليل فإذا فسخ البائع أول الليل أمكن له الانتفاع به و ببدله و لأجل ذلك عبر فى الدروس عن هذا الخيار بخيار ما يفسده المبيت و أنه ثابت عند دخول الليل. و فى معقد إجماع الغنية أن على البائع الصبر يوما واحدا ثم هو بالخيار و فى محكى الوسيلة أن خيار الفواكه للبائع فإذا مر على المبيع يوم و لم يقبض المبتاع كان البائع بالخيار و نحوها عبارة جامع الشرائع. نعم عبارات جماعة من الأصحاب لا يخلو عن اختلال فى التعبير- لكن الإجماع على عدم الخيار للبائع فى النهار يوجب تأويلها إلى ما يوافق الدروس و أحسن تلك العبارات عبارة الصدوق فى الفقيه التى أسندها فى الوسائل إلى رواية زرارة قال العهدة فيما يفسد من يومه مثل البقول و البطيخ و الفواكه يوم إلى الليل فإن المراد بالعهدة عهدة البائع. و قال فى النهاية و إذا باع الإنسان ما لا يصح عليه البقاء من الخضر و غيرها و لم يقبض المبتاع و لا قبض الثمن كان الخيار فيه يوما فإن جاء المبتاع بالثمن فى ذلك اليوم و إلا فلا بيع له انتهى. و نحوها عبارة السرائر و الظاهر أن المراد بالخيار اختيار المشترى فى تأخير القبض و الإقباض مع بقاء البيع على حاله من اللزوم و أما المتأخرون فظاهر أكثرهم يوهم كون الليل غاية للخيار و إن اختلفوا بين من عبر بكون الخيار يوما و من عبر بأن الخيار إلى الليل و لم يعلم وجه صحيح لهذه التعبيرات مع وضوح المقصد إلا متابعة عبارة الشيخ فى النهاية لكنك عرفت أن المراد بالخيار فيه اختيار المشترى و أن له تأخير القبض و الإقباض و هذا الاستعمال فى كلام المتأخرين خلاف ما اصطلحوا عليه لفظ الخيار فلا يحسن المتابعة هنا فى التعبير و الأولى تعبير الدروس كما عرفت ثم الظاهر أن شروط هذا الخيار شروط خيار التأخير لأنه فرد من أفراده كما هو صريح عنوان الغنية و غيرها فيشترط فيه جميع ما سبق من الشروط. نعم لا ينبغى التأمل هنا فى اختصاص الحكم بالبيع الشخصى أو ما فى حكمه كالصاع من الصبرة و قد عرفت هناك أن التأمل فى الأدلة و الفتاوى يشرف الفقيه على القطع بالاختصاص

أيضا و حكم الهلاك فى اليوم هنا و فيما بعده حكم المبيع هناك فى كونه من البائع فى الحالين و لازم القول الآخر هناك جريانه هنا كما صرح به فى الغنية حيث جعله قبل الليل من المشترى ثم إن المراد بالفساد فى النص و الفتوى ليس الفساد الحقيقى لأن موردهما هو الخضر و الفواكه و البقول و هذه لا تضيع بالمبيت و لا تهلك بل المراد ما يشمل تغير العين نظير التغير الحادث فى هذه الأمور بسبب الميت و لو لم يحدث فى المبيع إلا فوات السوق ففى إلحاقه بتغير العين وجهان من كونه ضررا و من إمكان منع ذلك لكونه فوت نفع لا ضرر

السادس خيار الرؤية

اشارة

و المراد به الخيار المسبب عن رؤية المبيع على خلاف ما اشترطه فيه

المكاسب، ج۳، ص ۲۴۹

المتبايعان و يدل عليه قبل الإجماع المحقق و المستفيض حديث نفى الضرر و استدل عليه أيضا بأخبار منها صحيحة جميل بن دراج قال: سألت أبا عبد الله ع عن رجل اشترى ضيعة و قد كان يدخلها و يخرج منها فلما أن نقد المال صار إلى الضيعة فقلبها ثم رجع فاستقال صاحبه فلم يقله فقال أبو عبد الله ع إنه لو قلب منها و نظر إلى تسع و تسعين قطعة ثم بقى منها قطعة لم يرها لكان له فيها خيار الرؤية و لا بد من حملها على صورة يصح معها بيع الضيعة إما بوصف القطعة غير المرئية أو بدلالة ما رءاه منها على ما لم يره. و قد يستدل بصحيحة زيد الشحام قال: سألت أبا عبد الله ع عن رجل اشترى سهام القصابين من قبل أن يخرج السهم فقال ع لا يشتر شيئا حتى يعلم أين يخرج السهم فإن اشترى شيئا فهو بالخيار إذا خرج. قال فى الحدائق و توضيح معنى هذا الخبر- ما رواه فى الكافى و التهذيب فى الصحيح عن عبد الرحمن بن الحجاج عن منهال القصاب و هو مجهول قال: قلت لأبى عبد الله ع أشترى الغنم أو يشترى الغنم جماعة ثم تدخل دارا ثم يقوم رجل على الباب فيعد واحد أو اثنين و ثلاثة و أربعة و خمسة ثم يخرج السهم قال لا يصلح هذا إنما تصلح السهام إذا عدلت القسمة الخبر. أقول لم يعلم وجه الاستشهاد به لما نحن فيه لأن المشترى لسهم القصاب إن اشتراه مشاعا فلا مورد لخيار الرؤية و إن اشترى سهمه المعين الذى يخرج فهو شراء فرد غير معين و هو باطل و على الصحة فلا خيار فيه للرؤية كالمشاع و يمكن حمله على شراء عدد معين نظير الصاع من الصبرة- و يكون له خيار الحيوان إذا خرج السهم ثم إن صحيحة جميل مختصة بالمشترى- و الظاهر الاتفاق على أن هذا الخيار يثبت للبائع أيضا إذا لم ير المبيع و باعه بوصف غيره فتبين كونه زائدا على ما وصف. و حكى عن بعض أنه يحتمل فى صحيحة جميل أن يكون التفتيش من البائع بأن يكون البائع باعه بوصف المشترى و حينئذ فيكون الجواب عاما بالنسبة إليهما على تقدير هذا الاحتمال و لا يخفى بعده و أبعد منه دعوى عموم الجواب و الله العالم.

مسألة مورد هذا الخيار بيع العين الشخصية الغائبة

و المعروف أنه يشترط فى صحته ذكر أوصاف المبيع- التى يرتفع بها الجهالة الموجبة للغرر إذ لولاها لكان غررا و عبر بعضهم عن هذه الأوصاف بما يختلف الثمن باختلافه كما فى الوسيلة و جامع المقاصد و غيرهما و آخر بما يعتبر فى صحة السلم و آخرون كالشيخين و الحلى اقتصروا على اعتبار ذكر الصفة و الظاهر أن مرجع الجميع واحد و لذا ادعى الإجماع على كل واحد منها. ففى موضع من التذكرة يشترط فى بيع خيار الرؤية وصف المبيع وصفا يكفى فى السلم عندنا و عنه فى موضع آخر من التذكرة أن شرط صحة بيع الغائبة وصفها بما يرفع الجهالة عند علمائنا أجمع و يجب ذكر اللفظ الدال على الجنس ثم ذكر أنه يجب ذكر اللفظ الدال على التميز و ذلك بذكر جميع الصفات التى تختلف الأثمان باختلافها و يتطرق الجهالة بترك بعضها انتهى و فى جامع المقاصد

ضابط ذلک أن کل وصف یتفاوت الرغبات بثبوته و انتفائه و یتفاوت به القیمة تفاوتا ظاهرا لا یتسامح به یجب ذکره فلا بد من استقصاء أوصاف السلم انتهی. و ربما یتراءی التنافی بین اعتبار ما یختلف الثمن باختلافه- و کفایة ذکر أوصاف السلم من جهة أنه قد یتسامح فی السلم فی ذکر بعض الأوصاف لإفضائه إلی عزة الوجود أو لتعذر الاستقصاء علی التحقیق و هذا المانع مفقود فیما نحن فیه. قال فی التذکرة فی باب السلم لا یشترط وصف کل عضو من الحیوان بأوصافه المقصودة و إن تفاوت به الغرض و القیمة لإفضائه إلی عزة الوجود انتهی و قال فی السلم فی الأحجار المتخذة للبناء إنه یذکر نوعها و لونها و یصف عظمها فیقول ما یحمل البعیر منها اثنتین أو ثلاثا أو أربعا علی سبیل التقریب دون التحقیق لتعذر التحقیق و یمکن أن یقال إن المراد ما یعتبر فی السلم فی حد ذاته مع قطع النظر عن العذر الموجب للمسامحة فی بعض أفراد السلم و إن کان یمکن أن یورد علی مسامحتهم هناک أن الاستقصاء فی الأوصاف شرط فی السلم غیر مقید بحال التمکن فتعذره یوجب فساد السلم لا الحکم بعدم اشتراطه کما حکموا بعدم جواز السلم فیما لا یمکن ضبط أوصافه و تمام الکلام فی محله ثم إن الأوصاف التی یختلف الثمن من أجلها- غیر محصورة خصوصا فی العبید و الإماء فإن مراتبهم الکمالیة التی یختلف بها أثمانهم غیر محصورة جدا و الاقتصار علی ما یرفع به معظم الغرر إحالة علی مجهول بل یوجب الاکتفاء علی ما دون صفات السلم لانتفاء الغرر عرفا بذلک مع أنا علمنا أن الغرر العرفی أخص من الشرعی- و کیف کان فالمسألة لا تخلو عن إشکال و أشکل من ذلک أن الظاهر أن الوصف یقوم مقام الرؤیة المتحققة فی بیع العین الحاضرة و علی هذا فیجب أن یعتبر فی الرؤیة أن یحصل بها الاطلاع علی جمیع الصفات المعتبرة فی العین الغائبة مما یختلف الثمن باختلافه. قال فی التذکرة یشترط رؤیة ما هو مقصود بالبیع کداخل الثوب فلو باع ثوبا مطویا أو عینا حاضرة لا یشاهد منها ما یختلف الثمن لأجله کان کبیع الغائب یبطل إن لم یوصف وصفا یرفع الجهالة انتهی. و حاصل هذا الکلام اعتبار وقوع المشاهدة علی ما یعتبر فی صحة السلم و بیع الغائب و من المعلوم من السیرة عدم اعتبار الاطلاع بالرؤیة علی جمیع الصفات المعتبرة فی السلم و بیع العین الغائبة فإنه قد لا یحصل الاطلاع بالمشاهدة علی سن الجاریة بل و لا علی نوعها و لا غیرها من الأمور التی لا یعرفها إلا أهل المعرفة بها فضلا عن مرتبة کمالها الإنسانی المطلوبة فی الجواری المبذول بإزائها الأموال و یبعد کل البعد التزام ذلک أو ما دون ذلک فی المشاهدة بل یلزم من ذلک عدم صحة شراء غیر العارف بأوصاف المبیع الراجعة إلی نوعه أو صنفه أو شخصه بل هو بالنسبة إلی الأوصاف التی اعتبروها کالأعمی لا بد من مراجعته لبصیر عارف و لا أجد فی المسألة أوثق من أن یقال إن المعتبر هو الغرر العرفی فی العین الحاضرة و الغائبة الموصوفة فإن دل علی اعتبار أزید من ذلک حجة معتبرة أخذ به و لیس فیما ادعاه العلامة فی التذکرة من الإجماع حجة مع استناده فی ذلک إلی کونه غررا عرفا حیث قال فی أول مسألة اشتراط العلم بالعوضین أنه أجمع علمائنا علی اشتراط العلم بالعوضین لیعرف ما

المکاسب، ج۳، ص ۲۵۰

ملک بإزاء ما بذل فینتفی الغرر فلا یصح بیع العین الغائبة ما لم تتقدم رؤیة أو یوصف وصفا یرفع الجهالة انتهی. و لا ریب أن المراد بمعرفة ما ملک معرفته علی وجه وسط بین طرفی الإجمال و التفصیل ثم إنه یمکن الاستشکال فی صحة هذا العقد بأن ذکر الأوصاف لا یخرج البیع عن کونه غررا لأن الغرر بدون أخذ الصفات من حیث الجهل بصفات المبیع فإذا أخذت فیه مقیدا بها صار مشکوک الوجود لأن العبد المتصف بتلک الصفات مثلا لا یعلم وجوده فی الخارج و الغرر فیه أعظم و یمکن أن یقال إن أخذ الأوصاف فی معنی الاشتراط لا التقیید فیبیع العبد مثلا ملتزما بکونه کذا و کذا و لا غرر فیه حینئذ عرفا. و قد صرح فی النهایة و المسالک فی مسألة ما لو رأی المبیع ثم تغیر عما رءاه أن الرؤیة بمنزلة الاشتراط و لازمه کون الوصف القائم مقام الرؤیة اشتراطا و یمکن أن یقال ببناء هذا البیع علی تصدیق البائع أو غیره فی إخباره باتصاف المبیع بالصفات المذکورة کما یجوز الاعتماد علیه فی الکیل و الوزن و لذا ذکروا أنه یجوز مع جهل المتبایعین بصفة العین الغائبة المبایعة بوصف ثالث لهما و کیف کان فلا غرر عرفا فی بیع العین الغائبة مع اعتبار الصفات الرافعة للجهالة و لا دلیل شرعا أیضا علی المنع من حیث عدم العلم بوجود تلک الصفات فیتعین الحکم بجوازه مضافا

إلى الإجماع عليه ممن عدا بعض العامة ثم إن الخيار بين الرد و الإمساك مجانا هو المشهور بين الأصحاب. و صريح السرائر تخييره بين الرد و الإمساك بالأرش و أنه لا يجبر على أحدهما و يضعف بأنه لا دليل على الأرش. نعم لو كان للوصف المفقود دخل في الصحة توجه أخذ الأرش لكن بخيار العيب لا خيار رؤية المبيع على خلاف ما وصفه إذ لو لا الوصف ثبت خيار العيب أيضا و سيجيء عدم اشتراط ذكر الأوصاف الراجعة إلى وصف الصحة و أضعف من هذا ما ينسب إلى ظاهر المقنعة و النهاية و المراسم من بطلان البيع إذ أوجد على خلاف ما وصف لكن الموجود في المقنعة و النهاية أنه لم يكن على الوصف كان البيع مردودا و لا يبعد كون المراد بالمردود القابل للرد لا الباطل فعلا. و قد عبر في النهاية عن خيار الغبن بذلك فقال و لا بأس بأن يبيع الإنسان متاعا بأكثر مما يسوى إذا كان المبتاع من أهل المعرفة فإن لم يكن كذلك كان البيع مردودا و على تقدير وجود القول بالبطلان فلا يخفى ضعفه لعدم الدليل على البطلان بعد انعقاده صحيحا عدا ما في مجمع البرهان- و حاصله وقوع العقد على شيء مغاير للموجود فالمعقود عليه غير موجود و الموجود غير معقود عليه و يضعف بأن محل الكلام في تخلف الأوصاف التي لا يوجب مغايرة الموصوف للموجود عرفا بأن يقال إن المبيع فاقد للأوصاف المأخوذة فيه لا إنه مغاير للموجود. نعم لو كان ظهور الخلاف فيما له دخل في حقيقة المبيع عرفا فالظاهر عدم الخلاف في البطلان و لو أخذ في عبارة العقد على وجه الاشتراط كأن يقول بعتك ما في البيت على أنه عبد حبشي فبان حمارا وحشيا إلا أن يقال إن الموجود و إن لم يعد مغايرا للمعقود عليه عرفا إلا أن اشتراط اتصافه بالأوصاف في معنى كون القصد إلى بيعه بانيا على تلك الأوصاف فإذا فقد ما بني عليه العقد فالمقصود غير حاصل فينبغي بطلان البيع و لذا التزم أكثر المتأخرين بفساد العقد بفساد شرطه فإن قصد الشرط إن كان مؤثرا في المعقود عليه فالواجب كون تخلفه موجبا لبطلان العقد و إلا لم يوجب فساده فساد العقد بل غاية الأمر ثبوت الخيار و من هنا يظهر أن دفع ما ذكر في وجه البطلان الذي جعله المحقق الأردبيلي موافقا للقاعدة. و احتمله العلامة رحمه الله في النهاية فيما إذا ظهر ما رءاه سابقا على خلاف ما رءاه بأنه اشتباه ناش عن عدم الفرق بين الوصف المعين للكليات و الوصف المعين في الشخصيات و بين الوصف الذاتي و العرضي و أن أقصى ما هناك كونه من باب تعارض الإشارة و الوصف و الإشارة أقوى مجازفة لا محصل لها و أما كون الإشارة أقوى من الوصف عند التعارض فلو جرى فيما نحن فيه لم يكن اعتبار بالوصف فينبغي لزوم العقد و إثبات الخيار من جهة كونه وصفا لشخص لا مشخصا لكلي حتى يتقوم به و كونه عرضيا لا ذاتيا إعادة للكلام السابق و يمكن أن يقال إن المستفاد من النصوص و الإجماعات في الموارد المتفرقة عدم بطلان البيع بمخالفة الصفة المقصودة غير المتقومة للمبيع سواء علم القصد

إليها من الخارج أم اشترطت في العقد كالحكم بمضي العقد على المعيب مع عدم القصد إلا إلى الصحيح و منه المصراة- و كالحكم في النص و الفتوى بتبعيض الصفقة إذا باع ما يملك و ما لم يملك و غير ذلك فتأمل و سيجيء بعض الكلام في مسألة الشرط الفاسد إن شاء الله نعم هنا إشكال آخر من جهة تشخيص الوصف الداخل في الحقيقة عرفا الموجب ظهور خلافه بطلان البيع و الخارج عنها الموجب ظهور خلافه للخيار فإن الظاهر دخول الذكورة و الأنوثة في المماليك في حقيقة المبيع لا في مثل الغنم و كذا الرومي و الزنجي حقيقتان عرفا و ربما يتغاير الحقيقتان مع كونه فيما نحن فيه من قبيل الأوصاف كما إذا باعه الدهن أو الجبن أو اللبن على أنه من الغنم فبان من الجاموس و كذا لو باعه خل الزبيب فبان من التمر و يمكن إحالة اتحاد الجنس و مغايرته على العرف و إن خالف ضابطة التغاير المذكورة في باب الربا فتأمل.

مسألة الأكثر على أن الخيار عند الرؤية فوري

بل نسب إلى ظاهر الأصحاب بل ظاهر التذكرة عدم الخلاف بين المسلمين إلا من أحمد حيث جعله ممتدا بامتداد المجلس الذي وقعت فيه الرؤية و احتمل في نهاية الأحكام و لم أجد لهم دليلا صالحا على ذلك إلا وجوب الاقتصار في مخالفة لزوم العقد على المتيقن و يبقى على القائلين بالتراخي في مثل خيار الغبن و العيب سؤال الفرق بين المقامين مع أن صحيحة جميل المتقدمة في صدر

المسألة مطلقة يمكن التمسك بعدم بيان مدة الخيار فيها على عدم الفورية و إن كان خلاف التحقيق كما نبهنا عليه في بعض الخيارات المستندة إلى النص. و قد بينا سابقا ضعف التمسك بالاستصحاب في إثبات

المكاسب، ج۳، ص ۲۵۱

التراخي و إن استندوا إليه في بعض الخيارات السابقة.

مسألة يسقط هذا الخيار بترك المبادرة عرفا

على الوجه المتقدم في خيار الغبن و بإسقاطه بعد الرؤية و بالتصرف بعدها و لو تصرف قبلها ففي سقوط الخيار وجوه ثالثها ابتناء ذلك على جواز إسقاط الخيار قولا قبل الرؤية بناء على أن التصرف إسقاط فعلي و في جواز إسقاطه قبل الرؤية وجهان مبنيان على أن الرؤية سبب أو كاشف. قال في التذكرة لو اختار إمضاء العقد قبل الرؤية لم يلزم لتعلق الخيار بالرؤية انتهى. و حكى ذلك من غيرها أيضا و ظاهره أن الخيار يحدث بالرؤية لا أنه يظهر بها و لو جعلت الرؤية شرطا لا سببا أمكن جواز الإسقاط بمجرد تحقق السبب و هو العقد و لا يخلو عن قوة و لو شرط سقوط هذا الخيار ففي فساده و إفساده للعقد كما عن العلامة و جماعة أو عدمهما كما عن النهاية و بعض- أو الفساد دون الإفساد وجوه بل أقوال من كونه موجبا لكون العقد غررا كما في جامع المقاصد من أن الوصف قام مقام الرؤية فإذا شرط عدم الاعتداد به كان المبيع غير مرئي و لا موصوف و من أن دفع الغرر عن هذا البيع ليس بالخيار حتى يثبت بارتفاعه فإن الخيار حكم شرعي لو أثر في دفع الغرر جاز بيع كل مجهول متزلزلا. و العلم بالمبيع لا يرتفع بالتزام عدم الفسخ عند تبين المخالفة فإن الغرر هو الإقدام على شراء العين الغائبة على أي صفة كانت و لو كان الالتزام المذكور مؤديا إلى الغرر لكان اشتراط البراءة من العيوب أيضا مؤديا إليه لأنه بمنزلة بيع الشيء صحيحا أو معيبا بأي عيب كان و لا شك أنه غرر و إنما جاز بيع الشيء غير مشروط بالصحة اعتمادا على أصالة الصحة لا من جهة عدم اشتراط ملاحظة الصحة و العيب في المبيع لأن تخالف أفراد الصحيح و المعيب أفحش من تخالف أفراد الصحيح و اقتصارهم في بيان الأوصاف المعتبرة في بيع العين الغائبة على ما عدا الصفات الراجعة إلى العيب إنما هو للاستغناء عن تلك الأوصاف بأصالة الصحة لا لجواز إهمالها عند البيع فحينئذ فإذا شرط البراءة من العيوب كان راجعا إلى عدم الاعتداد بوجود تلك الأوصاف و عدمها فيلزم الغرر خصوصا على ما حكاه في الدروس عن ظاهر الشيخ و أتباعه من جواز اشتراط البراءة من العيوب فيما لا قيمة لمكسوره كالبيض و الجوز الفاسدين كذلك حيث إن مرجعه على ما ذكروه هنا في اشتراط سقوط خيار الرؤية إلى اشتراط عدم الاعتداد بمالية المبيع و لذا اعترض عليهم الشهيد و أتباعه بفساد البيع مع هذا الشرط لكن مقتضى اعتراضهم فساد اشتراط البراءة من سائر العيوب و لو كان للمعيب قيمة لأن مرجعه إلى عدم الاعتداد بكون المبيع صحيحا و معيبا بأي عيب و الغرر فيه أفحش من البيع مع عدم الاعتداد بكون المبيع الغائب متصفا بأي وصف كان ثم إنه يثبت فساد هذا الشرط لا من جهة لزوم الغرر في البيع حتى يلزم فساد البيع و لو على القول بعدم استلزام فساد الشرط لفساد العقد بل من جهة أنه إسقاط لما لم يتحقق بناء على ما عرفت من أن الخيار إنما يتحقق بالرؤية فلا يجوز إسقاطه قبلها فاشتراط الإسقاط لغو و فساده من هذه الجهة لا يؤثر في فساد العقد فيتعين المصير إلى ثالث الأقوال المتقدمة لكن الإنصاف ضعف وجه هذا القول و أقوى الأقوال أولها لأن دفع الغرر عن هذه المعاملة و إن لم يكن لثبوت الخيار لأن الخيار حكم شرعي لا دخل له في الغرر العرفي المتحقق في البيع إلا أنه لأجل سبب الخيار و هو اشتراط تلك الأوصاف المنحل إلى ارتباط الالتزام العقدي بوجود الصفات لأنها إما شروط للبيع و إما قيود للمبيع كما تقدم سابقا و اشتراط سقوط الخيار راجع إلى الالتزام بالعقد على تقديري وجود تلك الصفات و عدمها و التنافي بين الأمرين واضح و أما قياس هذا الاشتراط باشتراط البراءة فيدفعه الفرق بينهما بأن نفي العيوب ليس مأخوذا في البيع على وجه الاشتراط أو التقييد و إنما اعتمد المشتري فيهما على أصالة الصحة- لا على تعهد البائع لانتفائها حتى ينافي ذلك اشتراط براءة البائع عن عهدة انتفائها بخلاف الصفات فيما نحن فيه فإن البائع يتعهد لوجودها في المبيع و المشتري يعتمد على هذا التعهد فاشتراط البائع على المشتري عدم تعهده

لها و التزام العقد عليه بدونها ظاهر المنافاة لذلك نعم لو شاهده المشتری و اشتراه معتمدا علی أصالة بقاء تلك الصفات فاشترط البائع لزوم العقد علیه و عدم الفسخ لو ظهرت المخالفة كان نظیر اشتراط البراءة من العیوب كما أنه لو أخبر بكیله أو وزنه فصدقه المشتری فاشترط عدم الخیار لو ظهر النقص كان مثل ما نحن فیه كما یظهر

من التحریر فی بعض فروع الأخبار بالكیل و الضابط فی ذلك أن كل وصف تعهده البائع و كان رفع الغرر بذلك لم یجز اشتراط سقوط خیار فقده و كل وصف اعتمد المشتری فی رفع الغرر علی أمارة أخری جاز اشتراط سقوط خیار فقده كالأصل أو غلبة مساواة باطن الصبرة لظاهرها أو نحو ذلك. و مما ذكرنا وجه فرق الشهید و غیره فی المنع و الجواز بین اشتراط البراءة من الصفات المأخوذة فی بیع العین الغائبة و بین اشتراط البراءة من العیوب فی العین المشكوك فی صحته و فساده و ظهر أیضا أنه لو تیقن المشتری بوجود الصفات المذكورة فی العقد فی المبیع فالظاهر جواز اشتراط عدم الخیار علی تقدیر فقدها لأن رفع الغرر لیس بالتزام تلك الصفات بل لعلمه بها و كذا لو اطمأن بوجودها و لم یتیقن. و الضابط كون اندفاع الغرر باشتراط الصفات و تعهدها من البائع و عدمه هذا مع إمكان التزام فساد اشتراط عدم الخیار علی تقدیر فقد الصفات المعتبر علمها فی البیع خرج اشتراط التبری من العیوب بالنص و الإجماع لأن قاعدة نفی الغرر قابلة للتخصیص كما أشرنا إلیه سابقا. و ظهر أیضا ضعف ما یقال من أن الأقوی فی محل الكلام الصحة لصدق تعلق البیع بمعلوم غیر مجهول و لو أن الغرر ثابت فی البیع نفسه لم یجد فی الصحة ثبوت الخیار و إلا لصلح ما فیه الغرر من البیع مع اشتراط الخیار و هو معلوم العدم و إقدامه علی الرضا بالبیع المشترط فیه السقوط مع عدم الاطمئنان بالوصف إدخال الغرر علیه من قبل نفسه انتهی. توضیح الضعف أن المجدی فی الصحة ما هو سبب الخیار و هو التزام البائع وجود الوصف لا نفس الخیار

المكاسب، ج۳، ص ۲۵۲

و أما كون الإقدام من قبل نفسه فلا یوجب الرخصة فی البیع الغرری و المسألة موضع إشكال.

مسألة لا یسقط هذا الخیار ببذل التفاوت و لا بإبدال العین

لأن العقد إنما وقع علی الشخصی فتملك غیره یحتاج إلی معاوضة جدیدة و لو شرط فی متن العقد الإبدال لو ظهر علی خلاف الوصف ففی الدروس أن الأقرب الفساد و لعله لأن البدل المستحق علیه بمقتضی الشرط إن كان بإزاء الثمن فمرجعه إلی معاوضة جدیدة علی تقدیر ظهور المخالفة بأن ینفسخ البیع بنفسه عند المخالفة و ینعقد بیع آخر فیحصل بالشرط انفساخ عقد و انعقاد عقد آخر كل منهما معلق علی المخالفة و من المعلوم عدم نهوض الشرط لإثبات ذلك و إن كان بإزاء المبیع الذی ظهر علی خلاف الوصف فمرجعه أیضا إلی انعقاد معاوضة تعلیقیة غرریة لأن المفروض جهالة المبدل. و علی أی تقدیر فالظاهر عدم مشروعیة الشرط المذكور فیفسد و یفسد العقد و بذلك ظهر ضعف ما فی الحدائق من الاعتراض علی الشهید رحمه الله حیث قال بعد نقل عبارة الدروس و حكمه بالفساد ما لفظه ظاهر كلامه أن الحكم بالفساد أعم من أن یظهر علی الوصف أولا و فیه أنه لا موجب للفساد مع ظهوره علی الوصف المشروط و مجرد شرط البائع الإبدال مع عدم الظهور علی الوصف لا یصلح سببا للفساد لعموم الأخبار المتقدمة. نعم لو ظهر مخالفا فإنه یكون فاسدا من حیث المخالفة و لا یجبره هذا الشرط لإطلاق الأخبار و الأظهر رجوع الحكم بالفساد فی العبارة إلی الشرط المذكور حیث لا تأثیر له مع الظهور و عدمه. و بالجملة فإنی لا أعرف للحكم بفساد العقد فی الصورة المذكورة علی الإطلاق وجها یحمل علیه انتهی.

مسألة الظاهر ثبوت خیار الرؤیة فی كل عقد واقع علی عین شخصیة موصوفة

كالصلح و الإجارة لأنه لو لم یحكم بالخیار مع تبین المخالفة فإما أن یحكم ببطلان العقد لما تقدم عن الأردبیلی فی بطلان بیع العین

الغائبة و إما أن یحکم بلزومه من دون خیار و الأول مخالف لطریقة الفقهاء فی تخلف الأوصاف المشروطة فی المعقود علیه و الثانی فاسد من جهة أن دلیل اللزوم هو وجوب الوفاء بالعقد و حرمة النقض و معلوم أن عدم الالتزام بترتب آثار العقد علی العین الفاقدة للصفات المشترطة فیها لیس نقضا للعقد بل قد تقدم عن بعض أن ترتیب آثار العقد علیها لیس وفاء و عملا بالعقد حتی یجوز بل هو تصرف لم یدل علیه العقد فیبطل. و الحاصل أن الأمر فی ذلک دائر بین فساد العقد و ثبوته مع الخیار و الأول مناف لطریقة الأصحاب فی غیر باب فتعین الثانی.

مسألة لو اختلفا فقال البائع لم یختلف صفة و قال المشتری قد اختلف

ففی التذکرة قدم قول المشتری- لأصالة براءة ذمته من الثمن فلا یلزمه ما لم یقر به أو یثبت بالبینة و رده فی المختلف فی نظیر المسألة بأن إقراره بالشراء إقرار بالاشتغال بالثمن و یمکن أن یکون مراده ببراءة الذمة عدم وجوب تسلیمه إلی البائع بناء علی ما ذکره فی أحکام الخیار من التذکرة من عدم وجوب تسلیم الثمن و لا المثمن فی مدة الخیار و إن تسلم الآخر و کیف کان فیمکن أن یخدش بأن المشتری قد أقر باشتغال ذمته بالثمن سواء اختلف صفة المبیع أم لم یختلف غایة الأمر سلطنته علی الفسخ لو ثبت أن البائع التزم علی نفسه اتصاف البیع بأوصاف مفقودة کما لو اختلفا فی اشتراط کون العبد کاتبا و حیث لم یثبت ذلک فالأصل عدمه فیبقی الاشتغال لازما غیر قابل للإزالة بفسخ العقد هذا و یمکن دفع ذلک بأن أخذ الصفات فی المبیع و إن کان فی معنی الاشتراط إلا أنه بعنوان التقیید فمرجع الاختلاف إلی الشک فی تعلق البیع بالعین الملحوظ فیها صفات مفقودة أو تعلقه بعین لو حظ فیها الصفات الموجودة أو ما یعمها و اللزوم من أحکام البیع المتعلق بالعین علی الوجه الثانی و الأصل عدمه و منه یظهر الفرق بین ما نحن فیه و بین الاختلاف فی اشتراط کتابة العبد و قد تقدم توضیح ذلک و بیان ما قیل أو یمکن أن یقال فی هذا المجال فی مسألة ما إذا اختلفا فی تغییر ما شاهداه قبل البیع

مسألة لو نسج بعض الثوب فاشتراه علی أن ینسج الباقی کالأول بطل

کما عن المبسوط و القاضی و ابن سعید قدس سرهما و العلامة فی کتبه و جامع المقاصد و استدل علیه فی التذکرة و جامع المقاصد بأن بعضه عین حاضرة و بعضه فی الذمة مجهول.

و عن المختلف صحته- و لا یحضرنی الآن حتی أتأمل فی دلیله و الذی ذکر للمنع و لا ینهض مانعا فالذی یقوی فی النظر أنه إذا باع البعض المنسوج المنضم إلی غزل معین علی أن ینسجه علی ذلک المنوال فلا مانع منه و کذا إذا ضم معه مقدارا معینا کلیا من الغزل الموصوف علی أن ینسجه کذلک إذ لا مانع من ضم الکلی إلی الشخصی و إلیه ینظر بعض کلمات المختلف فی هذا المقام حیث جعل اشتراط نسج الباقی کاشتراط الخیاطة و الصبغ و کذا إذا باعه أذرعا معلومة منسوجة مع هذا المنسوج بهذا المنوال و لو لم ینسجه فی الصورتین الأولیین علی ذلک المنوال ثبت الخیار لتخلف الشرط- و لو لم ینسجه کذلک فی الصورة الأخیرة لم یلزم القبول و بقی علی مال البائع و کان للمشتری الخیار فی المنسوج لتبعض الصفقة علیه و الله العالم

السابع خیار العیب

اشارة

إطلاق العقد یقتضی وقوعه مبنیا علی سلامة العین من العیب و إنما ترک اشتراطه صریحا اعتمادا علی أصالة السلامة و إلا لم یصح

العقد من جهة الجهل بصفة العين الغائبة و هى صحتها التى هى من أهم ما يتعلق به الأغراض و لذا اتفقوا فى بيع العين الغائبة على اشتراط ذكر الصفات التى يختلف الثمن باختلافها و لم يذكروا اشتراط صفة الصحة فليس ذلك إلا من حيث الاعتماد فى وجودها على الأصل فإن من يشترى عبدا لا يعلم أنه صحيح سوى أم فالج مقعد لا يعتمد فى صحته إلا على أصالة السلامة كما يعتمد من شاهد المبيع سابقا على بقائه على ما شاهده فلا يحتاج إلى ذكر تلك الصفات فى العقد و كما يعتمد على إخبار البائع بالوزن. قال فى التذكرة الأصل فى المبيع من الأعيان و الأشخاص- السلامة من العيوب و الصحة فإذا أقدم المشترى على

المكاسب، ج٣، ص ٢٥٣

بذل ماله فى مقابلة تلك العين فإنما بنى إقدامه على غالب ظنه المستند إلى أصالة السلامة انتهى. و قال فى موضع آخر إطلاق العقد و اشتراط السلامة يقتضيان السلامة على ما مر من القضاء العرفى يقتضى أن المشترى إنما بذل ماله بناء على أصالة السلامة فكأنها مشترطة فى نفس العقد انتهى. و مما ذكرنا يظهر أن الانصراف ليس من باب انصراف المطلق إلى الفرد الصحيح ليرد عليه أولا منع الانصراف و لذا لا يجرى فى الأيمان و النذور. و ثانيا عدم جريانه فيما نحن فيه لعدم كون المبيع مطلقا بل هو جزئى حقيقى خارجى. و ثالثا بأن مقتضاه عدم وقوع العقد رأسا على المعيب فلا معنى لإمضاء العقد الواقع عليه أو فسخه حتى يثبت التخيير بينهما و دفع جميع هذا بأن وصف الصحة قد أخذ شرطا فى العين الخارجية نظير معرفة الكتابة أو غيرها من الصفات المشروطة فى العين الخارجية و إنما استغنى عن ذكر وصف الصحة لاعتماد المشترى فى وجودها على الأصل كالعين المرئية سابقا حيث يعتمد فى وجود أصلها و صفاتها على الأصل. و لقد أجاد فى الكفاية حيث قال إن المعروف بين الأصحاب أن إطلاق العقد يقتضى لزوم السلامة و لو باع كليا حالا أو سلما كان الانصراف إلى الصحيح من جهة ظاهر الإقدام أيضا و يحتمل كونه من جهة الإطلاق- المنصرف إلى الصحيح فى مقام الاشتراء و إن لم ينصرف إليه فى غير هذا المقام فتأمل ثم إن المصرح به فى كلمات جماعة أن اشتراط الصحة فى متن العقد يفيد التأكيد لأنه تصريح بما يكون الإطلاق منزلا عليه. و إنما ترك لاعتماد المشترى على أصالة السلامة فلا يحصل من أجل هذا الاشتراط خيار آخر غير خيار العيب كما لو اشترط كون الصبرة كذا و كذا صاعا فإنه لا يزيد على ما إذا ترك الاشتراط و اعتمد على إخبار البائع بالكيل أو اشترط بقاء الشىء على الصفة السابقة المرئية فإنه فى حكم ما لو ترك ذلك اعتمادا على أصالة بقائها. و بالجملة فالخيار خيار العيب اشترط الصحة أم لم يشترط. و يؤيده ما ورد من رواية يونس: فى رجل اشترى جارية على أنها عذراء فلم يجدها عذراء قال يرد عليه فضل القيمة فإن اقتصاره ع على أخذ الأرش الظاهر فى عدم جواز الرد يدل على أن الخيار خيار العيب و لو كان هنا خيار تخلف الاشتراط لم يسقط الرد بالتصرف فى الجارية بالوطء أو مقدماته و منه يظهر ضعف ما حكاه فى المسالك- من ثبوت خيار الاشتراط هنا فلا يسقط الرد بالتصرف و دعوى عدم دلالة الرواية على التصرف أو عدم دلالته على اشتراط البكارة فى متن العقد كما ترى.

مسألة ظهور العيب فى المبيع – يوجب تسلط المشترى على الرد و أخذ الأرش

مسألة ظهور العيب فى المبيع- يوجب تسلط المشترى على الرد و أخذ الأرش

بلا خلاف و يدل على الرد الأخبار المستفيضة الآتية و أما الأرش فلم يوجد فى الأخبار ما يدل على التخيير بينه و بين الرد بل ما دل على الأرش يختص بصورة التصرف المانع من الرد فيجوز أن يكون الأرش فى هذه الصورة لتدارك ضرر المشترى لا لتعيين أحد طرفى التخيير بتعذر الآخر. نعم فى الفقه الرضوى فإن خرج السلعة معيبا و علم المشترى فالخيار إليه إن شاء رده و إن شاء أخذه أو رد عليه بالقيمة أرش العيب و ظاهره كما فى الحدائق التخيير بين الرد و أخذه بتمام الثمن و أخذ الأرش و يحتمل زيادة الهمزة فى لفظة أو و يكون واو العطف فيدل على التخيير بين الرد و الأرش و قد يتكلف لاستنباط هذا الحكم من سائر الأخبار و هو صعب جدا و أصعب منه جعله مقتضى القاعدة- بناء على أن الصحة و إن كانت وصفا فهى بمنزلة الجزء فيتدارك فائتة باسترداد ما قابله من الثمن و

یکون الخیار حینئذ لتبعض الصفقة و فیه منع المنزلة عرفا و لا شرعا و لذا لم یبطل البیع فیما قابله من الثمن بل کان الثابت بفواته مجرد استحقاق المطالبة بل لا یستحق المطالبة بعین ما قابله علی ما صرح به العلامة و غیره ثم منع کون الجزء الفائت یقابل بجزء من الثمن إذا أخذ وجوده فی المبیع الشخصی علی وجه الشرطیة کما فی بیع الأرض علی أنها جریان معینة و ما نحن فیه من هذا القبیل. و بالجملة فالظاهر عدم الخلاف فی المسألة بل الإجماع علی التخییر بین الرد و الأرش. نعم یظهر من الشیخ فی غیر موضع من المبسوط أن أخذ الأرش مشروط بالیأس عن الرد لکنه مع مخالفته لظاهر کلامه فی النهایة و بعض مواضع المبسوط ینافیه إطلاق الأخبار بجواز أخذ الأرش فافهم ثم إن فی کون ظهور العیب مثبتا للخیار أو کاشفا عنه ما تقدم فی خیار الغبن. و قد عرفت أن الأظهر ثبوت الخیار بمجرد العیب و الغبن واقعا و إن کان ظاهر کثیر من کلماتهم یوهم حدوثه بظهور العیب خصوصا بعد کون ظهور العیب بمنزلة رؤیة المبیع علی خلاف ما اشترط. و قد صرح العلامة بعدم جواز إسقاط خیار الرؤیة قبلها معللا بأن الخیار إنما یثبت بالرؤیة لکن المتفق علیه هنا نصا و فتوی جواز التبری و إسقاط خیار العیب. و یؤید ثبوت الخیار هنا بنفس العیب أن استحقاق المطالبة بالأرش الذی هو أحد طرفی الخیار لا- معنی لثبوته بظهور العیب بل هو ثابت بنفس انتفاء وصف الصحة هذا مضافا إلی أن الظاهر من بعض أخبار المسألة أن السبب هو نفس العیب لکنها لا تدل علی العلیة التامة فلعل الظهور شرط و کیف کان فالتحقیق ما ذکرنا فی خیار الغبن من وجوب الرجوع فی کل حکم من أحکام هذا الخیار إلی دلیله و أنه یفید ثبوته بمجرد العیب أو بظهوره و المرجع فیما لا یستفاد من دلیله أحد الأمرین هی القواعد فافهم ثم إنه لا- فرق فی هذا الخیار بین الثمن و المثمن کما صرح به العلامة و غیره هنا و فی باب الصرف فیما إذا ظهر أحد عوضی الصرف معیبا و الظاهر أنه مما لا خلاف فیه و إن کان مورد الأخبار ظهور العیب فی المبیع لأن الغالب کون الثمن نقدا غالبا و المثمن متاعا فیکثر فیه العیب بخلاف النقد

القول فی مسقطات هذا الخیار بطرفیه أو أحدهما

مسألة یسقط الرد خاصة بأمور

أحدها التصریح بالتزام العقد و إسقاط الرد و اختیار الأرش

المکاسب، ج۳، ص ۲۵۴

و لو أطلق الالتزام بالعقد فالظاهر عدم سقوط الأرش و لو أسقط الخیار فلا یبعد سقوطه.

الثانی التصرف فی المعیب

عند علمائنا کما فی التذکرة و فی السرائر الإجماع علی أن التصرف یسقط الرد بغیر خلاف منهم و نحوه المسالک و سیأتی الخلاف فی الجملة من الإسکافی و الشیخین و ابن زهرة و ظاهر المحقق بل المحقق الثانی و استدل علیه فی التذکرة أیضا تبعا للغنیة بأن تصرفه فیه رضاء منه به علی الإطلاق و لو لا- ذلک کان ینبغی له الصبر و الثبات حتی یعلم حال صحته و عدمها و بقول أبی جعفر ع فی الصحیح: أیما رجل اشتری شیئا و به عیب أو عوار و لم یتبرأ إلیه و لم یتبین له فأحدث فیه بعد ما قبضه شیئا ثم علم بذلک العوار و بذلک العیب فإنه یمضی علیه البیع و یرد علیه بقدر ما ینقص من ذلک الداء و العیب من ثمن ذلک لو لم یکن به.

و یدل علیه مرسلة جمیل عن أبی عبد الله ع: فی الرجل یشتری الثوب أو المتاع فیجد به عیبا قال إن کان الثوب قائما بعینه رده علی صاحبه و أخذ الثمن و إن کان الثوب قد قطع أو خیط أو صبغ رجع بنقصان العیب هذا و لکن الحکم بسقوط الرد بمطلق التصرف حتی مثل قول المشتری للعبد المشتری ناولنی الثوب أو أغلق الباب علی ما صرح به العلامة فی التذکرة فی غایة الإشکال لإطلاق قوله

ع: إن كان الثوب قائما بعينه رده المعتضد بإطلاق الأخبار في الرد خصوصا ما ورد في رد الجارية- بعد ما لم تحض ستة أشهر عند المشتري و رد المملوك في أحداث السنة و نحو ذلك مما يبعد التزام التقييد فيه بصورة عدم التصرف فيه بمثل أغلق الباب و نحوه و عدم ما يصلح للتقييد مما استدل به للسقوط فإن مطلق التصرف لا يدل على الرضا خصوصا مع الجهل بالعيب. و أما المرسلة فقد عرفت إطلاقها لما يشمل لبس الثوب و استخدام العبد بل وطء الجارية لو لا النص المسقط للخيار به. و أما الصحيحة فلا يعلم المراد من إحداث شيء في المبيع لكن الظاهر بل المقطوع عدم شموله لغة و لا عرفا لمثل استخدام العبد و شبهه مما مر من الأمثلة فلا تدل على أزيد مما دل عليه ذيل المرسلة من أن العبرة بتغير العين و عدم قيامها بعينها اللهم إلا أن يستظهر بمعونة ما تقدم في خيار الحيوان من النص الدال على أن المراد بإحداث الحدث في المبيع هو أن ينظر إلى ما حرم النظر إليه قبل الشراء فإذا كان مجرد النظر المختص بالمالك حدثا دل على سقوط الخيار هنا بكل تصرف فيكون ذلك النص دليلا على المراد بالحدث هنا و هذا حسن لكن إقامة البينة على اتحاد معنى الحدث في المقامين مع عدم مساعدة العرف على ظهور الحدث في هذا المعنى مشكلة ثم إنه إذا قلنا بعموم الحدث في هذا المقام لمطلق التصرف فلا دليل على كونه من حيث الرضا بالعقد فلا يتقيد بالتصرف الدال عليه و إن كان النص في خيار الحيوان دالا على ذلك بقرينة التعليل المذكور فيه على الوجوه المتقدمة هناك في المراد من التعليل لكن كلمات كثير منهم في هذا المقام أيضا يدل على سقوط هذا الخيار بالتصرف من حيث الرضا بل عرفت من التذكرة و الغنية أن علة السقوط دلالة التصرف نوعا على الرضا و نحوه في الدلالة على كون السقوط بالتصرف من حيث دلالته على الرضا كلمات جماعة ممن تقدم عليه و من تأخر عنه. قال في المقنعة فإن لم يعلم المبتاع بالعيب حتى أحدث فيه حدثا لم يكن له الرد و كان له أرش العيب خاصة و كذلك حكمه إذا أحدث فيه حدثا بعد العلم و لا يكون إحداثه الحدث بعد المعرفة بالعيب رضاء به منه انتهى. فإن تعليله عدم سقوط الأرش بعدم دلالة الإحداث على الرضا بالعيب ظاهر خصوصا بملاحظة ما يأتي من كلام غيره في أن سقوط الرد بالحدث لدلالته على الرضا بأصل البيع و مثلها عبارة النهاية من غير تفاوت و قال في المبسوط إذا كان المبيع بهيمة فأصاب بها عيبا كان له ردها فإذا كان في طريق الرد جاز له ركوبها و علفها و سقيها و حلبها و أخذ لبنها و إن نتجت كان له نتاجها كل هذا لأنه ملكه و له فيه فائدته و عليه مئونته و الرد لا يسقط لأنه إنما يسقط الرد بالرضا بالمعيب أو ترك الرد بعد العلم به أو بأن يحدث فيه عيب عنده و ليس هنا شيء من ذلك انتهى و قال في الغنية و لا يسقط بالتصرف بعد العلم بالعيب حق المطالبة بالأرش لأن التصرف دلالة الرضا بالبيع لا بالعيب انتهى و في السرائر قال في حكم من ظهر على عيب فيما اشتراه و لا يجبر على أحد الأمرين يعني الرد و الأرش قال هذا إذا لم يتصرف فيه تصرفا يؤذن بالرضا في العادة أو ينقص قيمته بالتصرف انتهى و في الوسيلة و يسقط الرد بأحد ثلاثة أشياء بالرضا و بترك الرد بعد العلم به إذا عرف أن له الرد و بحدوث عيب آخر عنده انتهى و هي بعينها كعبارة المبسوط المتقدمة ظاهرة في أن التصرف ليس بنفسه مسقطا إلا إذا دل على الرضا. و قال في التذكرة لو ركبها ليسقيها ثم يردها لم يكن ذلك رضاء منه بإمساكها و لو حلبها في طريق الرد فالأقوى أنه تصرف يؤذن بالرضا بها. و قال بعض الشافعية لا يكون رضاء بإمساكه لأن اللبن ماله قد استوفاه في حال الرد انتهى. و في جامع المقاصد و المسالك في

رد ابن حمزة القائل بأن التصرف بعد العلم يسقط الأرش أيضا- أن التصرف لا يدل على إسقاط الأرش. نعم يدل على الالتزام بالعقد. و في التحرير لو نقل المبيع أو عرضه للبيع أو تصرف فيه بما يدل على الرضا قبل علمه بالعيب و بعده سقط الرد انتهى. و قد ظهر من جميع ذلك أن التصرف من حيث هو ليس مسقطا و إنما هو التزام و رضاء بالعقد فعلا فكل تصرف يدل على ذلك عادة فهو مسقط و ما ليس كذلك فلا دليل على الإسقاط به كما لو وقع نسيانا أو للاختبار و مقتضى ذلك أنه لو وقع التصرف قبل العلم بالعيب لم يسقط خصوصا إذا كان مما يتوقف العلم بالعيب عليه و حصل بقصد الاختبار إلا أن المعروف خصوصا بين العلامة و من تأخر عنه عدم الفرق في السقوط بالتصرف بين وقوعه قبل العلم بالعيب أو بعده- و الذي ينبغي أن يقال و إن كان ظاهر المشهور خلافه- إن التصرف بعد العلم مسقط للرد إذا كان دالا بنوعه على الرضا كدلالة اللفظ على معناه لا مطلق التصرف و الدليل على

المكاسب، ج۳، ص ۲۵۵

إسقاطه مضافا إلى أنه التزام فعلى فيدل عليه ما يدل على اعتبار الالتزام إذا دل عليه باللفظ ما تقدم فى خيار الحيوان من تعليل السقوط بالحدث بكونه رضاء بالبيع و لذا تعدينا إلى خيار المجلس و الشرط و حكمنا بسقوطهما بالتصرف فكذلك خيار العيب و أما التصرف قبل العلم بالعيب فإن كان مغيرا للعين بزيادة أو نقيصة أو تغير هيئة أو ناقلا لها بنقل لازم أو جائز و بالجملة صار بحيث لا يصدق معه قيام الشىء بعينه فهو مسقط أيضا لمرسلة جميل المتقدمة و يلحق بذلك تعذر الرد بموت أو عتق أو إجازة أو شبه ذلك. و ظاهر المحقق فى الشرائع الاقتصار على ذلك حيث قال فى أول المسألة و يسقط الرد بإحداثه فيه حدثا كالعتق و قطع الثوب سواء كان قبل العلم بالعيب أو بعده. و فى مسألة رد المملوك من أحداث السنة فلو أحدث ما يغير عينه أو صفته ثبت الأرش انتهى. و هو الظاهر من المحكى عن الإسكافى حيث قال فإن وجد بالسلعة عيبا و قد أحدث فيه ما لا يمكن معه ردها إلى ما كانت عليه قبله كالوطئ للأمة و القطع للثوب أو تعذر الرد بموت أو نحوه كان له فضل ما بين الصحة و العيب انتهى. و هذا هو الذى ينبغى أن يقتصر عليه من التصرف قبل العلم و أما ما عدا ذلك من التصرف قبل العلم كحلب الدابة و ركوبها و شبه ذلك فلا دليل على السقوط به بحيث يطمئن به النفس. و أقصى ما يوجد لذلك صحيحة زرارة المتقدمة بضميمة ما تقدم فى خيار الحيوان من التمثيل للحدث بالنظر و باللمس و قيام النص و الإجماع على سقوط رد الجارية بوطئها قبل العلم مع عدم دلالته على الالتزام بالبيع و عدم تغييره للعين و إطلاق معقد الإجماع المدعى فى كثير من العبائر كالتذكرة و السرائر و الغنية و غيرها و فى نهوض ذلك كله لتقييد إطلاق أخبار الرد خصوصا ما كان هذا التقييد فيه فى غاية البعد كالنص برد الجارية بعد ستة أشهر و رد الجارية إذا لم يطأها و رد المملوك من أحداث السنة نظر بل منع خصوصا معاقد الإجماع فإن نقله الإجماع كالعلامة و الحلى و ابن زهرة قد صرحوا فى كلماتهم المتقدمة بأن العبرة بالرضا بالعقد فكان دعوى الإجماع وقعت من هؤلاء على السقوط بما يدل على الرضا من التصرف خصوصا ابن زهرة فى الغنية حيث إنه اختار ما قويناه من التفصيل بين صورتى العلم و الجهل و المغير و غيره حيث قال قدس سره و خامسها يعنى مسقطات الرد التصرف فى المبيع الذى لا يجوز مثله إلا بملكه أو الإذن الحاصل له بعد العلم بالعيب فإنه يمنع من الرد لشىء من العيوب و لا يسقط حق المطالبة بالأرش لأن التصرف دلالة الرضا بالبيع لا بالعيب و كذا حكمه إن كان قبل العلم بالعيب و كان مغيرا للعين بزيادة فيه مثل الصبغ للثوب أو نقصان فيه كالقطع للثوب و إن لم يكن كذلك فله الرد بالعيب إذا علمه ما لم يكن وطء الجارية فإنه يمنع من ردها لشىء من العيوب إلا الحبل انتهى كلامه. و قد أجاد قدس سره فيما استفاده من الأدلة و حكى عن المبسوط أيضا أن التصرف قبل العلم لا يسقط به الخيار لكن صرح بأن الصبغ و قطع الثوب يمنع من الرد فإطلاق التصرف قبل العلم محمول على غير المغير و ظاهر المقنعة و المبسوط أنه إذا وجد العيب بعد عتق العبد و الأمة لم يكن له ردهما و إذا وجده بعد تدبيرهما أو هبتهما كان مخيرا بين الرد و أخذ أرش العيب و فرقا بينهما و بين العتق بجواز الرجوع فيهما دون العتق و يرده مع أن مثلهما تصرف يؤذن بالرضا مرسلة جميل فإن العين مع الهبة و التدبير غير قائمة و جواز الرجوع و عدمه لا دخل له فى ذلك و لذا اعترض عليهما الحلى بالنقض بما لو باعه بخيار مع أنه لم يقل أحد من الأمة بجواز الرد حينئذ. و قال بعد ما ذكر إن الذى يقتضيه أصول المذهب أن المشترى إذا تصرف فى المبيع أنه لا يجوز له رده و لا خلاف فى أن الهبة و التدبير تصرف. و بالجملة فتعميم الأكثر لأفراد التصرف مع التعميم لما بعد العلم و ما قبله مشكل و العجب من المحقق الثانى أنه تنظر فى سقوط الخيار بالهبة الجائزة مع تصريحه فى مقام آخر بما عليه الأكثر.

الثالث تلف العين أو صيرورته كالتالف

فإنه يسقط الخيار هنا بخلاف الخيارات المتقدمة غير الساقطة بتلف العين و المستند فيه بعد ظهور الإجماع إناطة الرد فى المرسلة السابقة بقيام العين فإن الظاهر منه اعتبار بقائها فى ملكه فلو تلف أو انتقل إلى ملك الغير أو استؤجر أو رهن أو أبق العبد أو انعتق العبد على المشترى فلا رد. و مما ذكرنا ظهر أن عد انعتاق العبد على المشترى مسقط برأسه كما فى الدروس لا يخلو عن شىء. نعم

ذكر أنه يمكن إرجاع هذا الوجه إلى التصرف و هو أيضا لا يخلو عن شيء و الأولى ما ذكرناه ثم إنه لو عاد الملك إلى المشترى لم يجز رده للأصل- خلافا للشيخ بل المفيد قدس سرهما. فرع لا خلاف نصا و فتوى- فى أن وطء الجارية يمنع عن ردها بالعيب سواء قلنا بأن مطلق التصرف مانع أم قلنا باختصاصه بالتصرف الموجب لعدم كون الشيء قائما بعينه غاية الأمر كون الوطى على هذا القول مستثنى عن التصرف غير المغير للعين كما عرفت من عبارة الغنية مع أن العلامة علل المنع فى موضع من التذكرة بأن الوطى جناية و لهذا يوجب غرامة جزء من القيمة كسائر جنايات المملوك. و قد تقدم فى كلام الإسكافى أيضا أن الوطى مما لا يمكن معه رد المبيع إلى ما كان عليه قبله و يشير إليه ما سيجيء فى غير واحد من الروايات من قوله معاذ الله أن يجعل لها أجرا فإن فيه إشارة إلى أنه لو ردها لا بد أن يرد معها شيئا تداركا للجناية- إذ لو كان الوطى مجرد استيفاء منفعة- لم يتوقف ردها إلى رد عوض المنفعة فإطلاق الأجر عليه فى الرواية على طبق ما يتراءى فى نظر العرف من كون هذه الغرامة كأنها أجرة للوطء و حاصل معناه أنه إذا حكمت بالرد مع أرش جنايتها كان ذلك فى الأنظار بمنزلة الأجرة و هى ممنوعة شرعا لأن إجارة الفروج غير جائزة و هذا إنما وقع من أمير المؤمنين ع مبنيا على تقرير رعيته على ما فعله الثانى من تحريم العقد المنقطع فلا يقال إن المتعة مشروعة و قد ورد أن المنقطعات مستأجرات فلا وجه للاستعاذة بالله من جعل الأجرة للفروج هذا ما يخطر عاجلا بالبال فى معنى هذه الفقرة و الله العالم و كيف كان ففى النصوص المستفيضة

المكاسب، ج٣، ص ٢٥۶

الواردة فى المسألة كفاية ففى صحيحة ابن حازم عن أبى عبد الله ع: فى رجل اشترى جارية فوقع عليها قال إن وجد فيها عيبا فليس له أن يردها و لكن يرد عليه بقدر ما نقصها العيب قلت هذا قول أمير المؤمنين ع قال نعم و صحيحة ابن مسلم عن أحدهما ع: أنه سئل عن الرجل يبتاع الجارية فيقع عليها فيجد بها عيبا بعد ذلك قال لا يردها على صاحبها و لكن يقوم ما بين العيب و الصحة و يرد على المبتاع معاذ الله أن يجعل لها أجرا و رواية ميسر عن أبى عبد الله ع قال: كان على لا يرد الجارية بعيب إذا وطئت و لكن يرجع بقيمة العيب و كان يقول معاذ الله أجعل لها أجرا الخبر و فى رواية طلحة بن زيد عن أبى عبد الله ع قال: قضى أمير المؤمنين ع فى رجل اشترى جارية فوطئها ثم رأى فيها عيبا قال تقوم و هى صحيحة و تقوم و بها الداء ثم يرد البائع على المبتاع فضل ما بين الصحة و الداء و ما عن حماد فى الصحيح عن أبى عبد الله ع يقول قال على بن الحسين ع: كان القضاء الأول فى الرجل إذا اشترى أمة فوطئها ثم ظهر على عيب أن البيع لازم و له أرش العيب إلى غير ذلك مما سيجيء ثم إن المشهور استثنوا عن عموم هذه الأخبار لجميع أفراد العيب الحمل فإنه عيب إجماعا كما فى المسالك إلا أن الوطى لا يمنع من الرد به بل يردها و يرد معها العشر أو نصف العشر على المشهور بينهم و استندوا فى ذلك إلى نصوص مستفيضة- منها صحيحة ابن سنان عن أبى عبد الله ع: عن رجل اشترى جارية حبلى و لم يعلم بحبلها فوطئها قال يردها على الذى ابتاعها منه و يرد عليها نصف عشر قيمتها لنكاحه إياها و قد قال على ع: لا ترد التى ليست بحبلى إذا وطئها صاحبها و يوضع عنه من ثمنها بقدر العيب إن كان فيها و رواية عبد الملك بن عمرو عن أبى عبد الله ع قال: لا ترد التى ليست بحبلى إذا وطئها صاحبها و له أرش العيب و ترد الحبلى و يرد معها نصف عشر قيمتها و زاد فى الكافى قال و فى رواية أخرى: إن كانت بكرا فعشر قيمتها و إن كانت ثيبا فنصف عشر قيمتها و مرسلة ابن أبى عمير عن سعيد بن يسار: قال سألت أبا عبد الله ع عن رجل باع جارية حبلى و هو لا يعلم فينكحها الذى اشترى قال يردها و يرد نصف عشر قيمتها و رواية عبد الرحمن بن أبى عبد الله قال: سألت أبا عبد الله ع عن الرجل يشترى الجارية فيقع عليها فيجدها حبلى قال ترد و يرد معها شيئا و صحيحة ابن مسلم عن أبى جعفر ع: فى الرجل يشترى الجارية الحبلى فينكحها قال يرد و يكسوها و رواية عبد الملك بن عمرو عن أبى عبد الله ع: فى الرجل يشترى الجارية و هى حبلى فيطأها قال يردها و يرد عشر قيمتها هذه جملة ما وقفت عليها من الروايات و قد عمل بها المشهور بل ادعى على ظاهرها الإجماع فى الغنية كما عن الانتصار و عدم الخلاف فى السرائر خلافا للمحكى عن الإسكافى فحكم بالرد مع كون الحمل من المولى لبطلان بيع أم الولد حيث قال فإن وجد فى السلعة عيبا كان عند البائع و قد أحدث المشترى فى السلعة ما لا يمكن

ردها إلى ما كانت عليه قبله كالوطئ للأمة أو القطع للثوب أو تلف السلعة بموت أو غيره كان للمشترى فضل ما بين الصحة و العيب دون ردها فإن كان العيب ظهور حمل من البائع و قد وطئها المشترى من غير علم بذلك كان عليه ردها و نصف عشر قيمتها انتهى. و اختاره فى المختلف و هو ظاهر الشيخ فى النهاية حيث قال فإن وجد بها عيبا بعد أن وطئها لم يكن له ردها و كان له أرش العيب خاصة اللهم إلا أن يكون العيب من حبل فيلزمه ردها على كل حال وطئها أم لم يطأها و يرد معها إذا وطئها نصف عشر قيمتها انتهى. و يمكن استفادة هذا من إطلاق المبسوط القول بمنع الوطى من الرد فإن من البعيد عدم استثناء وطء الحامل و عدم تعرضه لحكمه مع اشتهار المسألة فى الروايات و ألسنة القدماء. و قال فى الوسيلة إذا وطئ الأمة ثم علم بها عيبا لم يكن له ردها إلا إذا كان العيب حملا و كان حرا فإنه وجب عليه ردها و يرد معها نصف عشر قيمتها و إن كان الحمل مملوكا

لم يجب ذلك انتهى. و ظاهر الرياض أيضا اختيار هذا القول. و الإنصاف أن ظاهر الأخبار المتقدمة فى بادئ النظر و إن كان ما ذكره المشهور إلا أن العمل على هذا الظهور يستلزم مخالفة الظاهر من وجوه أخر أحدها من حيث مخالفة ظهورها فى وجوب رد الجارية أو تقييد الحمل بكونه من غير المولى حتى تكون الجملة الخبرية واردة فى مقام دفع توهم الحظر الناشئ من الأخبار المتقدمة المانعة من رد الجارية بعد الوطى إذ لو بقى الحمل على إطلاقه لم يستقم دعوى وقوع الجملة الخبرية فى مقام دفع توهم الحظر إذ لا منشأ لتوهم حظر رد الحامل حتى أم الولد فلا بد إما من التقييد أو من مخالفة ظاهر الجملة الخبرية. الثانى مخالفة لزوم العقر على المشترى لقاعدة عدم العقر فى وطء الملك أو قاعدة كون الرد بالعيب فسخا من حينه لا من أصله. الثالث مخالفته لما دل على كون التصرف عموما و الوطى بالخصوص مانعا من الرد. أن الظاهر من قول السائل فى مرسلة ابن أبى عمير المتقدمة رجل باع جارية حبلى و هو لا يعلم وقوع السؤال عن بيع أم الولد و إلا لم يكن لذكر جهل البائع فى السؤال فائدة و يشير إليه ما فى بعض الروايات المتقدمة- من قوله ع يكسوها فإن فى ذلك إشارة إلى تشبثها بالحرية للاستيلاد فنسب الكسوة إليها تشبها بالحرائر و لم يصرح بالعقر الذى هو جزء من القيمة. الخامس ظهور هذه الأخبار فى كون الرد بعد تصرف المشترى فى الجارية بغير الوطى من نحو اسقنى ماءا أو أغلق الباب و غيرهما مما قل أن تنفك عنه الجارية و تقييدها بصورة عدم هذه التصرفات تقييد بالفرض النادر و إنما دعى إلى هذا التقييد فى غير هذه الأخبار مما دل على رد الجارية بعد مدة طويلة الدليل الدال على اللزوم بالتصرف لكن لا داعى هنا لهذا التقييد إذ يمكن تقييد الحمل بكونه من المولى لتسلم الأخبار عن جميع ذلك. و غاية الأمر تعارض هذه الأخبار مع ما دل على منع الوطى عن الرد بالعموم من وجه فيبقى ما عدا الوجه الثالث- مرجحا لتقييد هذه الأخبار و لو فرض التكافؤ بين جميع ما تقدم و بين إطلاق الحمل فى هذه الأخبار أو ظهور اختصاصه بما لم يكن من المولى وجب الرجوع إلى عموم ما دل على أن إحداث الحدث مسقط- لكونه رضاء بالبيع و يمكن الرجوع إلى ما دل على جواز الرد مع قيام

المكاسب، ج۳، ص ۲۵۷

العين. نعم لو خدش فى عموم ما دل على المنع من الرد بمطلق التصرف وجب الرجوع إلى أصالة جواز الرد الثابت قبل الوطى لكن يبقى لزوم العقر مما لا دليل عليه إلا الإجماع المركب و عدم الفصل بين الرد و العقر فافهم. ثم إن المحكى عن المشهور إطلاق الحكم بوجوب رد نصف العشر بل عن الانتصار و الغنية الإجماع عليه إلا أن يدعى انصراف إطلاق الفتاوى و مقعد الإجماع كالنصوص إلى الغالب من كون الحامل ثيبا فلا يشمل فرض حمل البكر بالسحق أو بوطء الدبر و لذا ادعى عدم الخلاف فى السرائر- على اختصاص نصف العشر بالثيب و ثبوت العشر فى البكر بل معقد إجماع الغنية بعد التأمل موافق للسرائر أيضا حيث ذكر فى الحامل أنه يرد معها نصف عشر قيمتها على ما مضى بدليل إجماع الطائفة و مراده بما مضى كما يظهر لمن راجع كلامه ما ذكره سابقا مدعيا عليه الإجماع من أنه إذا وطئ المشترى فى مدة خيار البائع ففسخ يرد معها العشر إن كانت بكرا و نصف العشر إن كانت ثيبا و أما الانتصار فلا يحضرنى حتى أراجعه و قد عرفت إمكان تنزيل الجميع على الغالب و حينئذ فيكون مرسلة الكافى المتقدمة بعد انجبارها بما عرفت من السرائر و الغنية دليلا على التفصيل فى المسألة. كما اختاره جماعة من المتأخرين مضافا إلى ورود العشر فى بعض

الروايات المتقدمـة المحمولـة على البكر إلا أنه بعيـد و لـذا نسبه الشـيخ إلى سـهو الراوى فى إسـقاط لفظ النصف. و فى الدروس أن الصدوق ذكرها بلفظ النصف و أما ما تقدم مما دل على أنه يرد معها شيئا فهو بإطلاقه خلاف الإجماع فلا بد من جعله واردا فى مقام ثبوت أصل العقر لا مقداره و أما ما دل على أنه يكسوها فقد حمل على كسوة تساوى العشـر أو نصـفه و لا بأس به فى مقام الجمع ثم إن مقتضـى الإطلاق جواز الرد و لـو مع الـوطى فى الـدبر- و يمكن دعـوى انصـرافه إلى غيره- فيقتصـر فى مخالفـة العمومـات على منصـرف اللفـظ و فى لحوق التقبيـل و اللمس بـالوطء وجهان من الخروج عن مورد النص و من الأولويـة و لو انضم إلى الحمل عيب آخر فقـد استشكل فى سـقوط الرد بالوطء من صـدق كونها معيبـة بالحمل و كونها معيبـة بغيره. و فيه أن كونها معيبـة بغير الحمل لا يقتضـى إلا عدم تأثير ذلك العيب فى الرد مع التصرف لا نفى تأثير عيب الحمل ثم إن صريح بعض النصوص و الفتاوى و ظاهر باقيها اختصاص الحكم بالوطء مع الجهل بالعيب فلو وطئ عالما به سقط الرد لكن إطلاق كثير من الروايات يشمل العالم.

الرابع من المسقطات حدوث عيب عند المشترى

اشارة

و تفصيل ذلك أنه إذا حدث العيب بعد العقد على المعيب فإما أن يحدث قبل القبض و إما أن يحدث بعده فى زمان خيار يضمن فيه البائع المبيع أعنى خيار المجلس و الحيوان و الشـرط- و إما أن يحدث بعد مضـى الخيار و المراد بالعيب الحادث هنا هو الأخير. و أما الأـول فلاـ خلاـف ظـاهرا فى أنه لاـ يمنع الرد بـل فى أنه هو كـالموجود قبـل العقـد حتى فى ثبوت الأرش فيه على الخلاف الآتى فى أحكـام القبض و أما الحادث فى زمن الخيار فكـذلك لا خلاف فى أنه غير مانع عن الرد بل هو سـبب مسـتقل موجب للرد بل الأرش على الخلاـف الآتى فيما قبل القبض بناء على اتحاد المسألتين كما يظهر من بعض و يـدل على ذلك ما يأتى من أن الحـدث فى زمان الخيار مضـمون على البائع و من ماله و معناه ضـمانه على الوجه الذى يضمنه قبل القبض بل قبل العقد إلا أن المحكى عن المحقق فى درسه فيمـا لو حـدث فى المبيع عيب أن تأثير العيب الحادث فى زمن الخيار و كـذا عـدم تأثيره فى الرد بالعيب القـديم إنما هو ما دام الخيـار فإذا انقضـى الخيار كان حكمه حكم العيب المضـمون على المشترى قال فى الـدروس لو حـدث فى المبيع عيب غير مضـمون على المشترى لم يمنع من الرد قبـل القبض أو فى مـدة خيـار المشترى المشترط أو بالأصل فله الرد ما دام الخيار فإن خرج الخيار ففى الرد خلاف- بين ابن نما و تلميذه المحقق قدس سـرهما فجوزه ابن نما لأنه من ضمان البائع و منعه المحقق قدس سره لأن الرد لمكان الخيار و قـد زال و لو كان حـدوث العيب فى مبيع صـحيح فى مدة الخيار فالباب واحد انتهى. لكن الذى حكاه فى اللمعة عن المحقق هو الفرع الثانى و هو حدوث العيب فى مبيع صـحيح و لعل الفرع الأول مترتب عليه لأن العيب الحادث إذا لم يكن مضمونا على البائع حتى يكون سـببا للخيـار غايـة الأمر كونه غير مانع عن الرد بالخيارات الثلاثـة كان مانعا عن الرد بالعيب السابق إذ لا يجوز الرد بالعيب مع حدوث عيب مضـمون على المشترى فيكون الرد فى زمان الخيار بالخيار لا بالعيب السابق فمنشأ هذا القول عدم ضمان البائع للعيب الحادث و لذا ذكر فى اللمعة أن هذا من المحقق مناف لما ذكره فى الشـرائع من أن العيب الحادث فى الحيوان مضمون على البائع مع حكمه بعدم الأرش ثم إنه ربما يجعل قول المحقق عكسا لقول شـيخه و يضـعف كلاهما بأن الظاهر تعدد الخيار و فيه أن قول ابن نما رحمه الله لا يأبى عن التعـدد كما لا يخفى. و أما الثالث أعنى العيب الحادث فى يـد المشترى بعـد القبض و الخيار فالمشـهور أنه مانع عن الرد بـالعيب السـابق بـل عن شـرح الإرشـاد لفخر الإسـلام و فى ظـاهر الغنيـة الإجمـاع عليه- و المراد بـالعيب هنـا مجرد النقص لا خصوص ما يوجب الأرش فيعم عيب الشركـة و تبعض الصفقة إذا اشترى اثنان شيئا فأراد أحدهما رده بالعيب أو اشترى واحد صفقة و ظهر العيب فى بعضه فأراد رد المعيب خاصـة و نحوه نسـيان العبد الكتابة كما صـرح به فى القواعد و غيره و نسـيان الدابة للطحن كما صرح به فى جامع المقاصد و يمكن الاسـتدلال على الحكم فى المسألة بمرسـلة جميل المتقدمة- فإن قيام العين و إن لم يناف بظاهره مجرد نقص الأوصاف كما اعترف به بعضـهم فى مسألـة تقـديم قول البائع فى قدر الثمن مع قيام العين إلا أن الظاهر منه بقرينة التمثيل

لمقابله بمثل قطع الثوب و خياطته و صبغه ما يقابل تغير الأوصاف و النقص الحاصل و لو لم يوجب أرشا كصبغ الثوب و خياطته. نعم قد يتوهم شموله لما يقابل للزيادة كالثمن و تعلم الصنعة لكنه يندفع بأن الظاهر من قيام العين بقاؤه بمعنى أن لا ينقص ماليته لا بمعنى أن لا يزيد و لا ينقص كما لا يخفى على المتأمل.

المكاسب، ج۳، ص ۲۵۸

و استدل العلامة فى التذكرة على أصل الحكم قبل المرسلة بأن العيب الحادث يقتضى إتلاف جزء من المبيع فيكون مضمونا على المشترى فيسقط رده للنقص الحاصل فى يده فإنه ليس تحمل البائع له بالعيب السابق أولى من تحمل المشترى له للعيب الحادث هذا و لكن المرسلة لا تشمل جميع أفراد النقص مثل نسيان الدابة للطحن و شبهه و الوجه المذكور فى التذكرة قاصر عن إفادة المدعى لأن المرجع بعد عدم الأولوية من أحد الطرفين إلى أصالة ثبوت الخيار و عدم ما يدل على سقوطه غاية الأمر أنه لو كان الحادث عيبا كان عليه الأرش للبائع إذا رده كما إذا تقايلا أو فسخ أحدهما بخياره بعد تعيب العين أما مثل نسيان الصنعة و شبهه فلا يوجب أرشا بل يرده لأن النقص حدث فى ملكه و إنما يضمن وصف الصحة لكونه كالجزء التالف فيرجع البائع بعد الفسخ ببدله. نعم لو علل الرد بالعيب القديم بكون الصبر على المعيب ضررا أمكن أن يقال إن تدارك ضرر المشترى بجواز الرد مع تضرر البائع بالصبر على العيب الحادث مما لا يقتضيه قاعدة نفى الضرر لكن العمدة فى دليل الرد هو النص و الإجماع فاستصحاب الخيار عند الشك فى المسقط لا بأس به إلا أن الإنصاف أن المستفاد من التمثيل فى الرواية بالصبغ و الخياطة هو إناطة الحكم بمطلق النقص. توضيح ذلك أن المراد بقيام العين هو ما يقابل الأعم من تلفها و تغيرها على ما عرفت من دلالة ذكر الأمثلة على ذلك لكن المراد من التغير هو الموجب للنقص لا الزيادة لأن مثل السمن لا يمنع الرد قطعا. و المراد بالنقص هو الأعم من العيب الموجب للأرش فإن النقص الحاصل بالصبغ و الخياطة إنما هو لتعلق حق المشترى بالثوب من جهة الصبغ و الخياطة و هذا ليس عيبا اصطلاحيا و دعوى اختصاصه بالتغير الخارجى الذى هو مورد الأمثلة فلا يعم مثل نسيان الدابة للطحن يدفعه أن المقصود مجرد النقص مع أنه إذا ثبت الحكم فى النقص الحادث و إن لم يكن عيبا اصطلاحيا ثبت فى المغير و غيره للقطع بعدم الفرق فإن المحتمل هو ثبوت الفرق فى النقص الحادث بين كونه عيبا اصطلاحيا لا يجوز رد العين إلا مع أرشه و كونه مجرد نقص لا يوجب أرشا كنسيان الكتابة و الطحن أما الفرق فى أفراد النقص غير الموجب للأرش بين مغير العين حسا و غيره فلا مجال لاحتماله ثم إن ظاهر المفيد فى المقنعة المخالفة فى أصل المسألة- و أن حدوث العيب لا يمنع من الرد لكنه شاذ على الظاهر ثم مقتضى الأصل عدم الفرق فى سقوط الخيار بين بقاء العيب الحادث و زواله فلا يثبت بعد زواله لعدم الدليل على الثبوت بعد السقوط. قال فى التذكرة عندنا أن العيب المتجدد مانع عن الرد بالعيب السابق سواء زال أم لا لكن فى التحرير لو زال العيب الحادث عند المشترى و لم يكن بسببه كان له الرد و لا أرش عليه انتهى. و لعل وجهه أن الممنوع هو رده معيوبا لأجل تضرر البائع و ضمان المشترى لما يحدث و قد انتفى الأمران و لو رضى البائع برده مجبورا بالأرش أو غير مجبور جاز الرد كما فى الدروس و غيره لأن عدم الجواز لحق البائع و إلا فمقتضى قاعدة خيار الفسخ عدم سقوطه بحدوث العيب غاية الأمر ثبوت قيمة العيب و إنما منع من الرد هنا للنص و الإجماع أو للضرر. و مما ذكرنا يعلم أن المراد بالأرش الذى يغرمه المشترى عند الرد قيمة العيب لا الأرش الذى يغرمه البائع للمشترى عند عدم الرد لأن العيب القديم مضمون بضمان المعاوضة و الحادث مضمون بضمان اليد ثم إن صريح المبسوط أنه لو رضى البائع بأخذه معيوبا لم يجز مطالبته بالأرش و هذا أحد المواضع التى أشرنا فى أول المسألة إلى تصريح الشيخ فيها بأن الأرش مشروط باليأس من الرد و ينافيه إطلاق الأخبار بأخذ الأرش.

تنبيه [هل تبعض الصفقة مانع من الرد]

اشارة

ظاهر التذكرة و الدروس أن من العيب المانع من الرد بالعيب القديم تبعض الصفقة على البائع. و توضيح الكلام فى فروع هذه المسألة

أن التعـدد المتصور فيه التبعض إما فى أحـد العوضـين و إما فى البائع و إما فى المشترى. فالأول كما إذا اشترى شـيئا واحـدا أو شـيئين بثمن واحـد من بائع واحـد فظهر بعضه معيبا و كـذا لو باع شـيئا بثمن فظهر بعض الثمن معيبا. و الثانى كما إذا باع اثنان من واحد شـيئا واحـدا فظهر معيبـا و أراد المشترى أن يرد على أحـدهما نصـيبه دون الآـخر. و الثـالث كما إذا اشترى اثنان من واحـد شـيئا فظهر معيبا فاختار أحـدهما الرد دون الآخر و ألحق بـذلك الوارثان لمشترى واحـد للمعيب و أما التعـدد فى الثمن بأن يشترى شـيئا واحـدا بعضـه بثمن و بعضه الآخر بثمن آخر فلا إشكال فى كون هذا عقدين و لا إشكال فى جواز التفريق بينهما

[التعدد فى العوض]

أمـا الأـول فـالمعروف أنه لاـ يجوز التبعيض فيه من حيث الرد بل الظاهر المصـرح به فى كلمات بعض الإجماع عليه- لأن المردود إن كان جزء مشاعا من المبيع الواحـد فهو ناقص من حيث حدوث الشـركة و إن كان معينا فهو ناقص من حيث حدوث التفريق فيه و كل منهمـا نقص يوجب الخيار لو حـدث فى المبيع الصـحيح فهو أولى بالمنع عن الرد من نسيان الدابـة الطحن و هـذا الضـرر و إن أمكن جبره بخيـار البائع نظير ما إذا كان بعض الصـفقة حيوانا فرده المشترى بخيار الثلاثـة إلا أنه يوجب الضـرر على المشترى- إذ قـد يتعلق غرضه بإمساك الجزء الصـحيح و يدل عليه النص المانع عن الرد بخياطة الثوب و الصـبغ فإن المانع فيهما ليس إلا حصول الشـركة فى الثوب بنسبـة الصـبغ و الخياطة لا مجرد تغير الهيئة و لذا لو تغير بما يوجب الزيادة كالسـمن لم يمنع عن الرد قطعا. و قد يستدل بعد رد الاسـتدلال بتبعض الصـفقة بمـا ذكرنـاه مع جوابه بظهور الأدلـة فى تعلق حق الخيـار بمجموع المبيع لا كل جزء منه لا أقل من الشـك لعدم إطلاق موثوق به و الأصل اللزوم. و فيه مضافا إلى أن اللازم من ذلك- عدم جواز رد المعيب منفردا و إن رضى البائع لأن المنع حينئـذ لعـدم المقتضـى للخيار فى الجزء لا لوجود المانع عنه و هو لزوم الضـرر على البائع حتى ينتفى برضا البائع أنه لا يشك أحد فى أن دليـل هـذا الخيـار- كغيره من أدلـة جميع الخيـارات صـريح فى ثبوت حق الخيـار لمجموع المبيع لا كل جزء و لـذا لم يجوز أحد تبعيض ذى الخيار أجزاء ماله فيه الخيار و لم يحتمل هنا أحد رد الصحيح دون المعيب و إنما وقع الإشكال فى أن محل الخيار هو هذا الشيء المعيوب غاية الأمر أنه يجوز رد الجزء الصحيح معه لئلا تتبعض

المكاسب، ج۳، ص ۲۵۹

الصـفقة عليه و إما لقيام الإجماع على جواز رده و إما لصـدق المعيوب على المجموع كما تقـدم أو أن محل الخيار هو مجموع ما وقع عليه العقـد لكـونه معيوبـا و لـو من حيث بعضه. و بعبـارة أخرى الخيـار المسبب عن وجـود الشـىء المعيوب فى الصـفقة نظير الخيـار المسبب عن وجود الحيوان فى الصـفقة فى اختصاصه بالجزء المعنون بما هو سبب للخيار أم لا بل غايـة الأمر ظهور النصوص الواردة فى الرد فى رد البيع الظـاهر فى تمام ما وقع عليه العقـد لكن موردها المبيع الواحـد العرفى المتصف بالعيب نظير أخبار خيار الحيوان و هـذا المقـدار لا يـدل على حكم ما لو انضم المعيب إلى غيره بل قد يدل كأخبار خيار الحيوان على اختصاص الخيار بخصوص ما هو متصف بالعيب عرفا باعتبار نفسه أو جزئه الحقيقى كبعض الثوب لا جزئه الاعتبارى كأحـد الشـيئين الذى هو محل الكلام. و منه يظهر عدم جواز التشبث فى المقام بقوله فى مرسلـة جميل إذا كان الشـىء قائما بعينه لأن المراد بالشـىء هو المعيب و لا شك فى قيامه هنا بعينه. و بالجملـة فالعمدة فى المسألة مضافا إلى ظهور الإجماع ما تقدم من أن مرجع جواز الرد منفردا إلى إثبات سـلطنة للمشترى على الجزء الصـحيح من حيث إمساكه ثم سـلب سـلطنته عنه بخيار البائع و منع سـلطنته على الرد أولا أولى و لا أقل من التساوى فيرجع إلى أصالة اللزوم و الفرق بينه و بين خيار الحيوان الإجماع كما أن للشـفيع أن يأخذ بالشفعة فى بعض الصفقة. و بالجملة فالأصل كاف فى المسألة ثم إن مقتضـى ما ذكروه من إلحاق تبعض الصفقة بالعيب الحادث أنه لو رضى البائع بتبعض الصفقة جاز الرد كما فى التذكرة معللا بأن الحق لا يعـدوهما و هذا مما يدل على أن محل الخيار هو الجزء المعيب إلا أنه منع من رده نقصه بالانفراد عن باقى المبيع إذ لو كان محله المجموع لم يجز رد المعيب وحده إلا بالتفاسخ و معه يجوز رد الصحيح منفردا أيضا.

و أما الثانى و هو تعدد المشترى

و أما الثانى و هو تعدد المشترى

بأن اشتريا شيئا واحدا فظهر فيه عيب فإن الأقوى فيه عدم جواز انفراد أحدهما على المشهور كما عن جماعة و استدل عليه فى التذكرة و غيرها بأن التشقيص عيب مانع من الرد- خلافا للمحكى عن الشيخ فى باب الشركة- و الإسكافى و القاضى و الحلى و صاحب البشرى فجوزوا الافتراق. و فى التذكرة ليس عندى فيه بعد إذ البائع أخرج العبد إليهما مشقصا فالشركة حصلت بإيجابه و قواه فى الإيضاح لما تقدم من التذكرة و ظاهر هذا الوجه اختصاص جواز التفريق بصورة علم البائع بتعدد المشترى و استجوده فى التحرير- و قواه فى جامع المقاصد و صاحب المسالك. و قال فى المبسوط إذا اشترى الشريكان عبدا بمال الشركة ثم أصابا به عيبا كان لهما أن يرداه و كان لهما أن يمسكاه فإن أراد أحدهما الرد و الآخر الإمساك كان لهما ذلك ثم قال و لو اشترى أحد الشريكين للشركة ثم أصابا به عيبا كان لهما أن يردا و أن يمسكا فإن أراد أحدهما الرد و الآخر الإمساك نظر فإن أطلق العقد و لم يخبر البائع أنه قد اشترى للشركة لم يكن له الرد لأن الظاهر أنه اشتراه لنفسه فإذا ادعى أنه اشتراه له و لشريكه فقد ادعى خلاف الظاهر فلم يقبل قوله و كان القول قول البائع مع يمينه إلى أن قال و إن أخبر البائع بذلك قيل فيه وجهان أحدهما و هو الصحيح أن له الرد لأن الملك بالعقد وقع لاثنين فقد علم البائع أنه يبيعه من اثنين و كان لأحدهما أن ينفرد بالرد دون الآخر و قيل فيه وجه آخر و هو أنه ليس له الرد لأن القبول فى العقد كان واحدا انتهى. و ظاهر هذه العبارة اختصاص النزاع بما إذا كان القبول فى العقد واحدا من اثنين أما إذا تحقق القبول من الشريكين فلا كلام فى جواز الافتراق ثم الظاهر منه مع اتحاد القبول التفصيل بين علم البائع و جهله لكن التأمل فى تمام كلامه قد يعطى التفصيل بين كون القبول فى الواقع لاثنين أو لواحد فإنه قدس سره علل عدم جواز الرد فى صورة عدم إخبار المشترى بالاشتراك بأن الظاهر أنه اشتراه لنفسه لا بعدم علم البائع بالتعدد و كذا حكمه قدس سره بتقدم قول البائع بيمينه المستلزم لقبول البينة من المشترى على أن الشراء بالاشتراك دليل على أنه يجوز التفريق بمجرد ثبوت التعدد فى الواقع بالبينة و إن لم يعلم به البائع إلا أن يحمل اليمين على يمين البائع على نفى العلم و يراد من البينة البينة على إعلام المشترى للبائع بالتعدد و كيف كان فمبنى المسألة على ما يظهر من كلام الشيخ على تعدد العقد بتعدد المشترى و وحدته و الأقوى فى المسألة عدم جواز الافتراق مطلقا لأن الثابت من الدليل هنا خيار واحد متقوم باثنين فليس لكل منهما الاستقلال و لا دليل على تعدد الخيار هنا إلا إطلاق الفتاوى و النصوص من أن من اشترى معيبا فهو بالخيار الشامل لمن اشترى جزء من المعيب لكن الظاهر بعد التأمل انصرافه إلى غير المقام و لو سلمنا الظهور لكن لا ريب فى أن رد هذا المبيع منفردا عن المبيع الآخر نقص حدث فيه بل ليس قائما بعينه و لو بفعل الممسك لحصته و هو مانع من الرد و من ذلك يعلم قوة المنع و إن قلنا بتعدد العقد. و ما ذكروه تبعا للتذكرة من أن التشقيص حصل بإيجاب البائع فيه أنه أخرجه غير مبعض و إنما تبعض بالإخراج و المقصود حصوله فى يد البائع كما كان قبل الخروج و خلاف ذلك ضرر عليه و علم البائع بذلك ليس فيه إقدام على الضرر إلا على تقدير كون حكم المسألة جواز التبعيض و هو محل الكلام. و الحاصل أن الفرق بين هذه المسألة و المسألة الأولى غير وجيه

و أما الثالث و هو تعدد البائع

فالظاهر عدم الخلاف فى جواز التفريق إذ لا ضرر على البائع بالتفريق و لو اشترى اثنان من اثنين عبدا واحدا فقد اشترى كل من كل ربعا فإن أراد أحدهما رد ربع إلى أحد البائعين دخل فى المسألة الثالثة و لذا لا يجوز لأن المعيار تبعض الصفقة على البائع الواحد.

مسألة يسقط الأرش دون الرد فى موضعين

أحدهما إذا اشتری ربویا بجنسه فظهر عیب فی أحدهما فلا أرش حذرا من الربا

و یحتمل جواز أخذ الأرش و نفی عنه البأس فی التذکرة بعد أن حکاه وجها ثالثا لبعض الشافعیة موجها له بأن المماثلة فی مال الربا إنما یشترط فی ابتداء العقد و قد حصلت و الأرش حق ثبت بعد ذلک لا یقدح فی العقد

المکاسب، ج۳، ص ۲۶۰

السابق انتهی. ثم ذکر أن الأقرب أنه یجوز أخذ الأرش من جنس العوضین لأن الجنس لو امتنع أخذه لامتنع أخذ غیر الجنس لأنه یکون بیع مال الربا بجنسه مع شیء آخر انتهی. و عن جامع الشرائع حکایة هذا الوجه عن بعض أصحابنا المتقدم علی العلامة و حاصل وجهه أن صفة الصحة لم تقابل بشیء من الثمن حتی یکون المقابل للمعیب الفاقد للصحة أنقص منه قدرا بل لم تقابل بشیء أصلا و لو من غیر الثمن و إلا لثبت فی ذمة البائع و إن لم یختر المشتری الأرش بل الصحة وصف التزمه البائع فی المبیع من دون مقابلته بشیء من المال کسائر الصفات المشترطة فی المبیع إلا أن الشارع جوز للمشتری مع تبین فقده أخذ ما یخصه بنسبة المعاوضة من الثمن أو غیره و هذه غرامة شرعیة حکم بها الشارع عند اختیار المشتری لتغریم البائع هذا و لکن یمکن أن یدعی أن المستفاد من أدلة تحریم الربا و حرمة المعاوضة إلا مثلا بمثل بعد ملاحظة أن الصحیح و المعیب جنس واحد أن وصف الصحة فی أحد الجنسین کالمعدوم لا یترتب علی فقده استحقاق عوض و من المعلوم أن الأرش عوض وصف الصحة عرفا و شرعا فالعقد علی المتجانسین لا یجوز أن یصیر سببا لاستحقاق أحدهما علی الآخر زائدا علی ما یساوی الجنس الآخر. و بالجملة فبناء معاوضة المتجانسین علی عدم وقوع مال فی مقابل الصحة المفقودة فی أحدهما و المسألة فی غایة الإشکال و لا بد من مراجعة أدلة الربا و فهم حقیقة الأرش و سیجیء بعض الکلام فیه إن شاء الله تعالی

الثانی ما لو لم یوجب العیب نقصا فی القیمة

فإنه لا یتصور هنا أرش حتی یحکم بثبوته و قد مثلوا لذلک بالخصاء فی العبید و قد یناقش فی ذلک بأن الخصاء موجب فی نفسه لنقص القیمة لفوات بعض المنافع عنه کالفحولة و إنما یرغب فی الخصی قلیل من الناس لبعض الأغراض الفاسدة أعنی عدم تستر النساء منه فیکون واسطة فی الخدمات بین المرء و زوجته و هذا المقدار لا یوجب زیادة فی أصل المالیة فهو کعنب معیوب یرغب فیه لجودة خمره لکن الإنصاف أن الراغب فیه لهذا الغرض حیث یکون کثیرا لا نادرا بحیث لا یقدح فی قیمته المتعارفة لو لا هذا الغرض صح أن یجعل الثمن المبذول من الراغبین مقدارا لمالیة الخصی فکان هذا الغرض صار غرضا مقصودا متعارفا و صحة الغرض و فساده شرعا لا دخل لها فی المالیة العرفیة کما لا یخفی. و بالجملة فالعبرة فی مقدار المالیة برغبة الناس فی بذل ذلک المقدار من المال بإزائه سواء کان من جهة أغراض أنفسهم أم من جهة بیعه علی من له غرض فیه مع کثرة ذلک المشتری و عدم ندرته بحیث یلحق بالاتفاقیات.

مسألة یسقط الرد و الأرش معا بأمور.

أحدها العلم بالعیب قبل العقد

بلا خلاف و لا إشکال لأن الخیار إنما ثبت مع الجهل و قد یستدل بمفهوم صحیحة زرارة المتقدمة و فیه نظر و حیث لا یکون العیب المعلوم سببا لخیار فلو اشترط العالم ثبوت خیار العیب مریدا به الخیار الخاص الذی له أحکام خاصة فسد الشرط و أفسد لکونه مخالفا للشرع و لو أراد به مجرد الخیار کان من خیار الشرط و لحقه أحکامه لا أحکام خیار العیب.

الثانی تبری البائع عن العیوب

اشارهٔ

إجماعا فی الجملهٔ علی الظاهر المصرح به فی محکی الخلاف و الغنیهٔ و نسبه فی التذکرهٔ إلی علمائنا أجمع و الأصل فی الحکم قبل الإجماع- مضافا إلی ما فی التذکرهٔ من أن الخیار إنما یثبت لاقتضاء مطلق العقد السلامهٔ فإذا صرح البائع بالبراءهٔ فقد ارتفع إطلاق صحیحهٔ زرارهٔ المتقدمهٔ- و مکاتبهٔ جعفر بن عیسی الآتیهٔ- و مقتضی إطلاقهما کمعقد الإجماع المحکی عدم الفرق بین التبری تفصیلا و إجمالا- و لا بین العیوب الظاهرهٔ و الباطنهٔ لاشتراک الکل فی عدم المقتضی للخیار مع البراءهٔ خلافا للمحکی فی السرائر عن بعض أصحابنا من عدم کفایهٔ التبری إجمالا. و عن المختلف نسبه إلی الإسکافی و قد ینسب إلی صریح آخر کلام القاضی المحکی فی المختلف مع أن المحکی عن کامل القاضی موافقهٔ المشهور. و فی الدروس نسب المشهور إلی أشهر القولین ثم إن ظاهر الأدلهٔ هو التبری من العیوب الموجودهٔ حال العقد و أما التبری من العیوب المتجددهٔ الموجبهٔ للخیار فیدل علی صحته و سقوط الخیار به عموم المؤمنون عند شروطهم. قال فی التذکرهٔ بعد الاستدلال بعموم المؤمنون لا یقال إن التبری مما لم یوجد یستدعی البراءهٔ مما لم یجب لأنا نقول إن التبری إنما هو من الخیار الثابت بمقتضی العقد لا من العیب انتهی. أقول المفروض أن الخیار لا یحدث إلا بسبب حدوث العیب و العقد لیس سببا لهذا الخیار فإسناد البراءهٔ إلی الخیار لا ینفع. و قد اعترف قدس سره فی بعض کلماته بعدم جواز إسقاط خیار الرؤیهٔ بعد العقد و قبل الرؤیهٔ. نعم ذکر فی التذکرهٔ جواز اشتراط نفی خیار الرؤیهٔ فی العقد لکنه مخالف لسائر کلماته و کلمات غیره کالشهید و المحقق الثانی. و بالجملهٔ فلا فرق بین البراءهٔ من خیار العیوب و البراءهٔ من خیار الرؤیهٔ بل الغرر فی الأول أعظم إلا أنه لما قام النص و الإجماع علی صحهٔ التبری من العیوب الموجودهٔ فلا مناص عن التزام صحته مع إمکان الفرق بین العیوب و الصفات المشترطهٔ فی العین الغائبهٔ باندفاع الغرر فی الأول بالاعتماد علی أصالهٔ السلامهٔ فلا یقدح عدم التزام البائع بعدمها بخلاف الثانی فإن الغرر لا ینـدفع فیه إلا بالتزام البائع بوجودها فإذا لم یلتزم بها لزم الغرر. و أما البراءهٔ عن العیوب المتجددهٔ فلا یلزم من اشتراطها غرر فی البیع حتی یحتاج إلی دفع الغرر بأصالهٔ عدمها لأنها غیر موجودهٔ بالفعل فی المبیع حتی یوجب جهالهٔ

ثم إن البراءهٔ فی هذا المقام یحتمل إضافتها إلی أمور

الأول عهدهٔ العیوب

و معناه تعهد سلامته من العیوب فیکون مرجعه إلی عدم التزام سلامته فلا یترتب علی ظهور العیب رد و لا أرش فکأنه باعه علی کل تقدیر.

الثانی ضمان العیب

و هذا أنسب بمعنی البراءهٔ و مقتضاه عدم ضمانه بمال فتصیر الصحهٔ کسائر الأوصاف المشترطهٔ فی عقد البیع لا یوجب إلا تخییرا بین الرد و الإمضاء مجانا و مرجع ذلک إلی إسقاط أرش العیوب فی عقد البیع لا خیارها.

الثالث حکم العیب

و معناه البراءهٔ من الخیار الثابت بمقتضی العقد بسبب العیب
و الأظهر فی العرف هو المعنی الأول و الأنسب بمعنی البراءهٔ هو الثانی و قد تقدم عن التذکرهٔ المعنی الثالث و هو بعید عن اللفظ إلا أن یرجع إلی المعنی الأول و الأمر سهل

ثم إن تبرأ البائع عن المعيوب مطلقا أو عن عيب خاص إنما يسقط تأثيره من حيث الخيار

أما سائر أحكامه فلا فلو تلف بهذا العيب فی أيام خيار المشتری لم يزل

المكاسب، ج۳، ص ۲۶۱

ضمان البائع لعموم النص لكن فی الدروس أنه لو تبرأ من عيب فتلف به فی زمن خيار المشتری فالأقرب عدم ضـمان البائع- و كذا لو علم المشتری به قبل العقـد أو رضـی به بعـده و تلف فی زمان خيار المشتری و يحتمل الضـمان لبقاء علاقـة الخيار المقتضـی لضـمان العين معه و أقوی إشكالا ما لو تلف به و بعيب آخر تجدد فی الخيار انتهی كلامه رفع مقامه

ثم إن هنا أمورا يظهر من بعض الأصحاب سقوط الرد و الأرش بها

منها زوال العيب قبل العلم به

كما صرح به فی غير موضع من التذكرة. و مال إليه فی جامع المقاصد و اختاره فی المسالك بل و كذا لو زال بعد العلم به قبل الرد و هو ظاهر التـذكرة حيث قال فی أواخر فصل العيوب لو كان المبيع معيبا عنـد البائع ثم اقبضه و قـد زال عيبه فلا رد لعدم موجبه و سـبق العيب لا يوجب خيارا كما لو سـبق علی العقـد ثم زال قبله بل مهما زال العيب قبل العلم أو بعـده قبل الرد سـقط حق الرد انتهی. و هو صريح فی سقوط الرد و ظاهر فی سقوط الأرش- كما لا يخفی علی المتأمل خصوصا مع تفريعه فی موضع آخر قبل ذلك عدم الرد و الأرش معا علی زوال العيب حيث قال لو اشتری عبـدا أو حـدث فی يـد المشتری نكتـة بياض فی عينه و وجـد نكتـة قديمـة ثم زالت إحـداهما فقال البائع الزائلة هی القديمة فلا رد و لا أرش و قال المشتری بل الحادثة و لی الرد قال الشافعی يتحالفان إلی آخر ما حكاه عن الشافعی و كيف كان ففی سـقوط الرد بزوال العيب وجه لأن ظاهر أدلـة الرد خصوصا بملاحظة أن الصبر علی العيب ضـرر هو رد المعيوب و هو المتلبس بالعيب لا ما كان معيوبا فی زمان فلا يتوهم هنا استصـحاب الخيار. و أما الأرش فلما ثبت اسـتحقاق المطالبة به لفوات وصف الصـحة عند العقد فقد استقر بالعقد خصوصا بعد العلم بالعيب و الصحة إنما حدثت فی ملك المشتری فبراءة ذمة البائع عن عهـدة العيب المضـمون عليه يحتـاج إلی دليـل فالقول بثبوت الأرش و سـقوط الرد قوی لو لم يكن تفصـيلا مخالفا للإجماع و لم أجـد من تعرض لهـذا الفرع قبل العلامـة أو بعـده. نعم هذا داخل فی فروع القاعدة التی اخترعها الشافعی و هو أن الزائل العائد كالذی لم يزل أو كالذی لم يعد لكن عرفت مرارا أن المرجع فی ذلك هی الأدلة و لا منشأ لهذه القاعدة.

و منها التصرف بعد العلم بالعيب

فإنه مسـقط للأمرين عنـد ابن حمزة فی الوسـيلة و لعله لكونه علامة للرضا بالمبيع بوصف العيب و النص المثبت للأرش بعد التصـرف ظاهر فيما قبل العلم و رد بأنه دليل الرضا بالمبيع لا بالعيب- و الأولی أن يقال إن الرضا بالعيب لا يوجب إسقاط الأرش و إنما المسقط له إبراء البـائع عن عهـدة العيب و حيث لم يـدل التصـرف عليه فالأصـل بقـاء حق الأـرش الثابت قبل التصـرف مع أن اختصاص النص بصورة التصرف قبل العلم ممنوع فليراجع.

و منها التصرف فی المعيب الذی لم ينقص قيمته بالعيب

كالبغل الخصـی بل العبد الخصـی علی ما عرفت فإن الأرش منتف لعدم تفاوت القيمة- و الرد لأجل التصـرف. و قد يستشـكل فيه من حيث لزوم الضـرر علی المشتری بصبره علی المعيب و فيه أن العيب فی مثله لاـ يعـد ضـررا ماليا بالفرض فلا بأس بأن يكون الخيار فيه

كالثابت بالتدليس فى سقوطه بالتصرف مع عدم أرش فيه و حله أن الضرر إما أن يكون من حيث القصد إلى ما هو أزيد مالية من الموجود و إما أن يكون من حيث القصد إلى خصوصية مفقودة فى العين مع قطع النظر عن قيمته و الأول مفروض الانتفاء و الثانى قد رضى به و أقدم عليه المشترى بتصرفه فيه بناء على أن التصرف دليل الرضا بالعين الخارجية كما لو رضى بالعبد المشروط كتابته مع تبين عدمها فيه إلا أن يقال إن المقدار الثابت من سقوط الرد بالتصرف هو مورد ثبوت الأرش و إلا فمقتضى القاعدة عدم سقوط الرد بالتصرف كما فى غير العيب و التدليس من أسباب الخيار خصوصا بعد تنزيل الصحة فيما نحن فيه منزلة الأوصاف المشترطة التى لا يوجب فواتها أرشا فإن خيار التخلف فيها لا يسقط بالتصرف كما صرح به نعم لو اقتصر فى التصرف المسقط على ما يدل على الرضا كان مقتضى عموم ما تقدمه سقوط الرد بالتصرف مطلقا.

و منها حدوث العيب فى المعيب المذكور

و الاستشكال هنا بلزوم الضرر فى محله فيحتمل ثبوت الرد مع قيمة النقص الحادث لو كان موجبا له لأن الصحة فى هذا المبيع كسائر الأوصاف المشترطة فى المبيع التى لا يوجب فواتها أرشا و النص الدال على اشتراط الرد بقيام العين و هى المرسلة المتقدمة مختص بمورد إمكان تدارك ضرر الصبر على المعيب بالأرش و الإجماع فيما نحن فيه غير متحقق مع ما عرفت من مخالفة المفيد فى أصل المسألة هذا كله مضافا إلى أصالة جواز الرد الثابت قبل حدوث العيب و هى المرجع بعد معارضة الضرر المذكور و يتضرر البائع بالفسخ و نقل المعيب إلى ملكه بعد خروجه عن ملكه سليما عن هذا العيب و كيف كان فلو ثبت الإجماع أو استفيض بنقله على سقوطه الرد بحدوث العيب و التغيير على وجه يشمل المقام و إلا فسقوط الرد هنا محل نظر بل منع.

و منها ثبوت أحد مانعى الرد فى المعيب

الذى لا يجوز أخذ الأرش فيه لأجل الربا. أما المانع الأول فالظاهر أن حكمه كما تقدم فى المعيب الذى لا ينقص ماليته فإن المشترى لما أقدم على معاوضة أحد الربويين بالآخر أقدم على عدم مطالبة مال زائد على ما يأخذه بدلا عن ماله و إن كان المأخوذ معيبا فيبقى وصف الصحة كسائر الأوصاف التى لا يوجب اشتراطها إلا جواز الرد بلا أرش فإذا تصرف فيه خصوصا بعد العلم تصرفا دالا على الرضا بفاقد الوصف المشترط لزم العقد كما فى خيار التدليس بعد التصرف نعم التصرف قبل العلم لا يسقط خيار الشرط كما تقدم. و أما المانع الثانى فظاهر جماعة كونه مانعا فيما نحن فيه من الرد أيضا و هو مبنى على عموم منع العيب الحادث من الرد حتى فى صورة عدم جواز أخذ الأرش. و قد عرفت النظر فيه و ذكر فى التذكرة وجها آخر لامتناع الرد و هو أنه لو رد فإما أن يكون مع أرش العيب الحادث و إما أن يرد بدونه فإن رده بدونه كان ضررا على البائع و إن رد مع الأرش لزم الربا قال لأن المردود حينئذ يزيد على وزن عوضه و الظاهر أن مراده من ذلك أن رد المعيب لما كان بفسخ المعاوضة و مقتضى المعاوضة بين الصحيح و المعيب من جنس واحد أن لا يضمن وصف الصحة بشىء إذ لو جاز ضمانه لجاز أخذ المشترى الأرش فيما نحن فيه فيكون وصف الصحة فى كل من العوضين نظير سائر الأوصاف الغير المضمونة بالمال فإذا حصل

المكاسب، ج۳، ص ۲۶۲

الفسخ وجب تراد العوضين من غير زيادة و لا نقيصة و لذا يبطل التقايل مع اشتراط الزيادة أو النقيصة فى أحد العوضين فإذا استرد المشترى الثمن لم يكن عليه إلا رد ما قابله لا غير فإن رد إلى البائع قيمة العيب الحادث عنده كما هو الحكم فى غير الربويين إذا حصل العيب عنده لم يكن ذلك إلا باعتبار كون ذلك العيب مضمونا عليه بجزء من الثمن فيلزم وقوع الثمن بإزاء مجموع المثمن و وصف صحته- فينقص الثمن عن نفس المعيب فيلزم الربا فمراد العلامة رحمه الله بلزوم الربا إما لزوم الربا فى أصل المعاوضة إذ لو لا ملاحظة جزء من الثمن فى مقابلة صفة الصحة لم يكن وجه لغرامة بدل الصفة و قيمتها عند استرداد الثمن و إما لزوم الربا فى الفسخ

حيث قوبل فيه الثمن بمقداره من المثمن و زيادة و الأول أولى و مما ذكرنا ظهر ما فى تصحيح هذا بأن قيمة العيب الحادث غرامة لما فات فى يده مضمونا عليه نظير المقبوض بالسوم إذا حدث فيه العيب فلا ينضم إلى المثمن حتى يصير أزيد من الثمن. إذ فيه وضوح الفرق فإن المقبوض بالسوم إنما يتلف فى ملك مالكه فيضمنه القابض و العيب الحادث فى المبيع لا يتصور ضمان المشترى له إلا بعد تقدير رجوع العين فى ملك البائع و تلف وصف الصحة منه فى يد المشترى فإذا فرض أن صفة الصحة لا يقابل بجزء من المال فى عقد المعاوضة الربوية فيكون تلفها فى يد المشترى كنسيان العبد الكتابة لا يستحق البائع عند الفسخ قيمتها. و الحاصل أن البائع لا يستحق من المشترى إلا ما وقع مقابلا بالثمن و هو نفس المثمن من دون اعتبار صحته جزء فكأنه باع عبدا كاتبا فقبضه المشترى ثم فسخ أو تفاسخا بعد نسيان العبد الكتابة نعم هذا يصح فى غير الربويين لأن وصف الصحة فيه يقابل بجزء من الثمن فيرد المشترى قيمة العيب الحادث عنده ليأخذ الثمن المقابل لنفس المبيع مع الصحة ثم إن صريح جماعة من الأصحاب عدم الحكم على المشترى بالصبر على المعيب مجانا فيما نحن فيه فذكروا فى تدارك ضرر المشترى وجهين اقتصر فى المبسوط على حكايتهما. أحدهما جواز رد المشترى للمعيب مع غرامة قيمة العيب الحادث لما تقدم إليه الإشارة من أن أرش العيب الحادث فى يد المشترى نظير أرش العيب الحادث فى المقبوض بالسوم فى كونها غرامة تالف مضمون على المشترى لا دخل له فى العوضين حتى يلزم الربا الثانى أن يفسخ البيع لتعذر إمضائه و إلزام المشترى ببدله من غير الجنس- معيبا بالعيب القديم و سليما عن الجديد و يجعل بمثابة التالف لامتناع رده بلا أرش و مع الأرش و اختار فى الدروس تبعا للتحرير الوجه الأول مشيرا إلى تضعيف الثانى بقوله لأن تقدير الموجود معدوما خلاف الأصل و تبعه المحقق الثانى معللا بأن الربا ممنوعة فى المعاوضات لا فى الضمانات و أنه كأرش عيب العين المقبوضة بالسوم إذا حدث فى يد المستام و إن كانت ربوية فكما لا يعد هنا ربا فكذا لا يعد فى صورة النزاع. أقول قد عرفت الفرق بين ما نحن فيه و بين أرش عيب المقبوض بالسوم فإنه يحدث فى ملك مالكه بيد قابضه و العيب فيما نحن فيه يحدث فى ملك المشترى و لا يقدر فى ملك البائع إلا بعد فرض رجوع مقابله من الثمن إلى المشترى و المفروض عدم المقابلة بين شىء منه و بين صحة البيع.

و منها تأخير الأخذ بمقتضى الخيار

فإن ظاهر الغنية إسقاطه للرد و الأرش كليهما حيث جعل المسقطات خمسة التبرى و الرضا بالعيب و تأخير الرد مع العلم لأنه على الفور بلا خلاف و لم يذكر فى هذه الثلاثة ثبوت الأرش ثم ذكر حدوث العيب و قال ليس له هاهنا إلا الأرش ثم ذكر التصرف و حكم فيه بالأرش فإن فى إلحاق الثالث بالأولين فى ترك ذكر الأرش فيه ثم ذكره فى الأخيرين و قوله ليس له هاهنا ظهورا فى عدم ثبوت الأرش بالتأخير و هذا أحد القولين منسوب خبر بعد خبر إلى الشافعى و لعله لأن التأخير دليل الرضا و يرده بعد تسليم الدلالة أن الرضا بمجرده لا يوجب سقوط الأرش كما عرفت فى التصرف نعم سقوط الرد وحده له وجه كما هو صريح المبسوط و الوسيلة على ما تقدم من عبارتهما فى التصرف المسقط و يحتمله أيضا عبارة الغنية المتقدمة- بناء على ما تقدم فى سائر الخيارات- من لزوم الاقتصار فى الخروج عن أصالة اللزوم على المتيقن السالمة عما يدل على التراخى عدا ما فى الكفاية من إطلاق الأخبار و خصوص بعضها و فيه أن الإطلاق فى مقام بيان أصل الخيار و أما الخبر الخاص فلم أقف عليه و حينئذ فالقول بالفور وفاقا لمن تقدم للأصل لا يخلو عن قوة مع ما تقدم من نفى الخلاف فى الغنية فى كونه على الفور و لا يعارضه ما فى المسالك و الحدائق من أنه لا نعرف فيه خلافا لأنا عرفناه و لذا جعله فى التذكرة أقرب و كذا ما فى الكفاية من عدم الخلاف لوجود الخلاف نعم فى الرياض أنه ظاهر أصحابنا المتأخرين كافة و التحقيق رجوع المسألة إلى اعتبار الاستصحاب فى مثل هذا المقام و عدمه. و لذا لم يتمسك فى التذكرة للتراخى إلا به و إلا فلا يحصل من فتوى الأصحاب إلا الشهرة بين المتأخرين المستندة إلى الاستصحاب و لا اعتبار بمثلها. و إن قلنا بحجية الشهرة أو حكاية نفى الخلاف من باب مطلق الظن لعدم الظن كما لا يخفى و الله العالم.

مسألة [هل يجب الإعلام بالعيب]

مسألة [هل يجب الإعلام بالعيب]

قال في المبسوط من باع شيئا فيه عيب لم يبينه فعل محظورا و كان المشتري بالخيار انتهى. و مثله ما عن الخلاف و في موضع آخر من المبسوط وجب عليه أن يبينه و لا يكتمه أو يتبرأ إليه من العيوب و الأول أحوط و نحوه عن فقه الراوندي و مثلهما في التحرير و زاد الاستدلال عليه بقوله لئلا يكون غاشا- و ظاهر ذلك كله عدم الفرق بين العيب الجلي و الخفي و صريح التذكرة و السرائر كظاهر الشرائع الاستحباب مطلقا. و ظاهر جماعة التفصيل بين العيب الخفي و الجلي فيجب في الأول مطلقا كما هو ظاهر جماعة أو مع عدم التبري كما في الدروس فالمحصل من ظاهر كلماتهم خمسة أقوال و الظاهر ابتناء الكل على دعوى صدق الغش و عدمه و الذي يظهر من ملاحظة العرف و اللغة في معنى الغش أن كتمان العيب الخفي و هو الذي لا يظهر بمجرد الاختبار المتعارف قبل البيع غش فإن الغش كما يظهر من اللغة خلاف النصح أما العيب الظاهر فالظاهر أن ترك إظهاره ليس غشا نعم لو أظهر سلامته عنه على وجه يعتمد عليه كما إذا فتح قرآنا بين يدي العبد الأعمى مظهرا أنه بصير يقرأ فاعتمد المشتري على ذلك و أهمل اختباره كان غشا. قال في التذكرة في رد استدلال الشافعي على وجوب إظهار العيب مطلقا بالغش إن الغش ممنوع بل يثبت في كتمان العيب بعد سؤال المشتري و تبينه و التقصير في

المكاسب، ج۳، ص ۲۶۳

ذلك من المشتري انتهى. و يمكن أن يحمل بقرينة ذكر التقصير على العيب الظاهر كما أنه يمكن حمل عبارة التحرير المتقدمة المشتملة على لفظ الكتمان و على الاستدلال بالغش على العيب الخفي بل هذا الجمع ممكن في كلمات الأصحاب مطلقا و من أقوى الشواهد على ذلك أنه حكى عن موضع من السرائر أن كتمان العيوب مع العلم بها حرام و محظور بغير خلاف مع ما تقدم من نسبة الاستحباب إليه فلاحظ ثم التبري من العيوب هل يسقط وجوب الإعلام في مورده كما عن المشهور أم لا فيه إشكال نشأ من دعوى صدق الغش. و من أن لزوم الغش من جهة ظهور إطلاق العقد في التزام البائع بالصحة فإذا تبرأ من العيوب ارتفع الظهور أو من جهة إدخال البائع للمشتري فيما يكرهه عامدا و التبري لا يرفع اعتماد المشتري على أصالة الصحة فالتعزير إنما هو لترك ما يصرفه عن الاعتماد على الأصل و الأحوط الإعلام مطلقا كما تقدم من المبسوط ثم إن المذكور في جامع المقاصد و المسالك و عن غيرهما أنه ينبغي بطلان البيع في مثل شوب اللبن بالماء لأن ما كان من غير الجنس لا يصح العقد فيه و الآخر مجهول إلا أن يقال إن جهالة الجزء غير مانعة إن كانت الجملة معلومة كما لو ضم ماله و مال غيره و باعهما ثم ظهر البعض مستحقا فإن البيع لا يبطل في ملكه و إن كان مجهولا قدره وقت العقد انتهى. أقول الكلام في مزج اللبن بمقدار من الماء يستهلك في اللبن و لا يخرجه عن حقيقته كالملح الزائد في الخبز فلا وجه للإشكال المذكور نعم لو فرض المزج على وجه يوجب تعيب الشيء من دون أن يستهلك فيه بحيث يخرج عن حقيقته إلى حقيقة ذلك الشيء توجه ما ذكروه في بعض الموارد

مسائل في اختلاف المتبايعين

اشارة

مسائل في اختلاف المتبايعين

و هو تارة في موجب الخيار- و أخرى في مسقطة و ثالثة في الفسخ.

أما الأول [الاختلاف فی موجب الخیار]

اشارة

ففیه مسائل

الأولی لو اختلفا فی تعیب المبیع و عدمه مع تعذر ملاحظته لتلف أو نحوه

فالقول قول المنکر بیمینه.

الثانیة لو اختلفا فی کون الشیء عیبا و تعذر تبین الحال لفقد أهل الخبرة

کان الحکم کسابقه نعم لو علم کونه نقصا کان للمشتری الخیار فی الرد دون الأرش لأصالة البراءة.

الثالثة لو اختلفا فی حدوث العیب فی ضمان البائع أو تأخره عن ذلک

بأن حدث بعد القبض و انقضاء الخیار کان القول قول منکر تقدمه للأصل حتی لو علم تاریخ الحدوث و جهل تاریخ العقد لأن أصالة عدم العقد حین حدوث العیب لا یثبت وقوع العقد علی المعیب. و عن المختلف أنه حکی عن ابن الجنید أنه إن ادعی البائع أن العیب حدث عند المشتری حلف المشتری إن کان منکرا انتهی. و لعله لأصالة عدم تسلیم البائع العین إلی المشتری علی الوجه المقصود و عدم استحقاقه الثمن کلا و عدم لزوم العقد نظیر ما إذا ادعی البائع تغیر العین عند المشتری و أنکر المشتری. و قد تقدم فی محله هذا إذا لم تشهد القرینة القطعیة مما لا یمکن عادة حصوله بعد وقت ضمان المشتری أو تقدمه علیه و إلا عمل علیها من غیر یمین. قال فی التذکرة و لو أقام أحدهما بینة عمل بها ثم قال و لو أقاما بینة عمل ببینة المشتری لأن القول قول البائع لأنه ینکر فالبینة علی المشتری و هذا منه مبنی علی سقوط الیمین عن المنکر بإقامة البینة و فیه کلام فی محله و إن کان لا یخلو عن قوة و إذا حلف البائع فلا بد من حلفه علی عدم تقدم العیب- أو نفی استحقاق الرد أو الأرش إن کان قد اختبر المبیع و اطلع علی خفایا أمره کما یشهد بالإعسار و العدالة و غیرهما مما یکتفی فیه بالاختبار الظاهر. و لو لم یختبر ففی جواز الاستناد فی ذلک إلی أصالة عدمه إذا شک فی ذلک وجه احتمله فی جامع المقاصد و حکی عن جماعة کما یحلف علی طهارة المبیع استنادا إلی الأصل و یمکن الفرق بین الطهارة و بین ما نحن فیه بأن المراد بالطهارة فی استعمال المتشرعة ما یعم غیر معلوم النجاسة لا الطاهر الواقعی کما أن المراد بالملکیة و الزوجیة ما استند إلی سبب شرعی ظاهری کما تدل علیه روایة جعفر الواردة فی جواز الحلف علی ملکیة ما أخذ من ید المسلمین. و فی التذکرة بعد ما حکی عن بعض الشافعیة جواز الاعتماد علی أصالة السلامة فی هذه الصورة قال و عندی فیه نظر أقربه الاکتفاء بالحلف علی نفی العلم و استحسنه فی المسالک قال لاعتضاده بأصالة عدم التقدم فیحتاج المشتری إلی إثباته و قد سبقه إلی ذلک فی المیسیة و تبعه فی الریاض. أقول إن کان مراده الاکتفاء بالحلف علی نفی العلم فی إسقاط أصل الدعوی بحیث لا یسمع البینة بعد ذلک ففیه إشکال- نعم لو أرید سقوط الدعوی إلی أن تقوم البینة فله وجه و إن استقرب فی مفتاح الکرامة أن لا یکتفی بذلک منه فیرد الحاکم الیمین علی المشتری فیحلف و هذا أوفق بالقواعد. ثم الظاهر من عبارة التذکرة اختصاص یمین نفی العلم علی القول به بما إذا لم یختبر البائع المبیع بل عن الریاض لزوم الحلف مع الاختبار علی البت قولا واحدا. لکن الظاهر أن المفروض فی التذکرة صورة الحاجة إلی یمین نفی العلم إذ مع الاختبار بتمکن من الحلف علی البت فلا حاجة إلی عنوان مسألة الیمین علی نفی العلم لا أن الیمین علی نفی العلم لا یکفی من البائع مع الاختبار فافهم.

فرع لو باع الوکیل فوجد به المشتری عیبا یوجب الرد

رده على الموكل لأنه المالك و الوكيل نائب عنه بطلت وكالته بفعل ما أمر به فلا عهدة عليه و لو اختلف الموكل و المشترى فى قدم العيب و حدوثه فيحلف الموكل على عدم التقدم كما مر و لا يقبل إقرار الوكيل بقدمه لأنه أجنبى و إذا كان المشترى جاهلا بالوكالة و لم يتمكن الوكيل عن إقامة البينة فادعى على الوكيل بقدم العيب فإن اعترف الوكيل بالتقدم لم يملك الوكيل رده على الموكل لأن إقرار الوكيل بالسبق دعوى بالنسبة إلى الموكل لا يقبل إلا بالبينة فله إحلاف الموكل على عدم السبق لأنه لو اعترف نفع الوكيل بدفع الظلامة عنه فله عليه مع إنكاره اليمين و لو رد اليمين على الوكيل فحلف على السبق ألزم الموكل و لو أنكر الوكيل التقدم حلف ليدفع عن نفسه الحق اللازم عليه لو اعترف و لم يتمكن من الرد على الموكل لأنه لو أقر رد عليه و هل للمشترى تحليف الموكل لأنه مقر بالتوكيل الظاهر لا لأن دعواه على الوكيل يستلزم إنكار وكالته و على الموكل يستلزم الاعتراف به- و احتمل فى جامع المقاصد ثبوت ذلك له مؤاخذة له بإقراره ثم إذا لم يحلف الوكيل و نكل فحلف المشترى اليمين المردودة و رد العين على الوكيل فهل للوكيل ردها على الموكل أم لا وجهان بناهما فى القواعد على كون اليمين المردودة كالبينة فينفذ فى حق الموكل أو كإقرار المنكر فلا ينفذ و تنظر فيه فى جامع المقاصد بأن كونها كالبينة لا يوجب نفوذها للوكيل على الموكل لأن الوكيل معترف بعدم سبق العيب فلا تنفعه البينة القائمة على السبق الكاذبة باعترافه قال

المكاسب، ج۳، ص ۲۶۴

اللهم إلا أن يكون إنكاره لسبق العيب استنادا إلى الأصل بحيث لا يتنافى ثبوته و لا دعوى ثبوته كأن يقول لا حق لك على فى هذه الدعوى إذ ليس فى المبيع عيب ثبت لك به الرد على فإنه لا تمنع حينئذ تخريج المسألة على القولين المذكورين انتهى. و فى مفتاح الكرامة أن اعتراضه مبنى على كون اليمين المردودة كبينة الراد و المعروف بينهم أنه كبينة المدعى أقول كونه كبينة لا ينافى عدم نفوذها للوكيل المكذب لها على الموكل و تمام الكلام فى محله.

الرابعة لو رد سلعة بالعيب فأنكر البائع أنها سلعته

قدم قول البائع كذا فى التذكرة و الدروس و جامع المقاصد لأصالة عدم حق له عليه و أصالة عدم كونها سلعته و هذا بخلاف ما لو ردها بخيار فأنكر كونها له فاحتمل هنا فى التذكرة و القواعد تقديم قول المشترى و نسبه فى التحرير إلى القيل لاتفاقهما على استحقاق الفسخ بعد أن احتمل مساواتها للمسألة الأولى أقول النزاع فى كون السلعة سلعة البائع يجتمع مع الخلاف فى الخيار و مع الاتفاق عليه كما لا يخفى لكن ظاهر المسألة الأولى كون الاختلاف فى ثبوت خيار العيب ناشئا عن كون السلعة هذه السلعة المعيوبة أو غيرها و الحكم تقديم قول البائع مع يمينه. و أما إذا اتفقا على الخيار و اختلفا فى السلعة فلذى الخيار حينئذ الفسخ من دون توقف على كون هذه السلعة هى المبيعة أو غيرها فإذا فسخ و أراد رد السلعة فأنكرها البائع فلا وجه لتقديم قول المشترى مع أصالة عدم كون السلعة هى التى وقع العقد عليها. نعم استدل عليه فى الإيضاح بعد ما قواه بأن الاتفاق منهما على عدم لزوم البيع و استحقاق الفسخ و الاختلاف فى موضعين أحدهما خيانة المشترى فيدعيها البائع بتغير السلعة و المشترى ينكرها و الأصل عدمها. الثانى سقوط حق الخيار الثابت للمشترى فالبائع يدعيه و المشترى ينكره و الأصل بقاؤه و تبعه فى الدروس حيث قال لو أنكر البائع كون المبيع مبيعه حلف و لو صدقه على كون المبيع معيوبا و أنكر تعيين المشترى حلف المشترى انتهى. أقول أما دعوى الخيانة فلو احتاجت إلى الإثبات و لو كان معها أصالة عدم كون المال الخاص هو المبيع لوجب القول بتقديم قول المشترى فى المسألة الأولى و إن كانت هناك أصول متعددة على ما ذكرها فى الإيضاح و هى أصالة عدم الخيار و عدم حدوث العيب و صحة القبض بمعنى خروج البائع من ضمانه لأن أصالة عدم الخيانة مستندها ظهور حال المسلم و هو وارد على جميع الأصول العملية نظير أصالة الصحة و أما ما ذكره من أصالة صحة القبض فلم نتحقق معناها و إن فسرناها من قبله بما ذكرنا لكن أصالة الصحة لا تنفع لإثبات لزوم القبض و أما دعوى سقوط حق الخيار فهى إنما تجدى إذا كان الخيار المتفق عليه لأجل العيب كما فرضه فى الدروس و إلا فأكثر الخيارات مما أجمع على بقائه مع التلف

على أن أصالة عدم سقوط الخيار لا تثبت إلا ثبوته لا وجوب قبول هذه السلعة إلا من جهة التلازم الواقع بينهما و لعل نظر الدروس إلى ذلك لكن للنظر في إثبات أحد المتلازمين بالأصل الجاري في الآخر مجال كما نبهنا عليه مرارا.

و أما الثاني و هو الاختلاف في المسقط

اشارة

ففيه أيضا مسائل-

الأولى لو اختلفا في علم المشتري بالعيب و عدمه

قدم منكر العلم فيثبت الخيار.

الثانية لو اختلفا في زواله قبل علم المشتري أو بعده

على القول بأن زواله بعد العلم لا يسقط الأرش بل و لا الرد ففي تقديم مدعي البقاء فيثبت الخيار لأصالة بقائه و عدم زواله المسقط للخيار أو تقديم مدعي عدم ثبوت الخيار لأن سببه أو شرطه العلم به حال وجوده و هو غير ثابت فالأصل لزوم العقد و عدم الخيار وجهان أقواهما الأول و العبارة المتقدمة من التذكرة في سقوط الرد بزوال العيب قبل العلم أو بعده قبل الرد تومئ إلى الثاني فراجع. و لو اختلفا بعد حدوث عيب جديد و زوال أحد العيبين في كون الزائل هو القديم حتى لا يكون خيار أو الحادث حتى يثبت الخيار فمقتضى القاعدة بقاء القديم الموجب للخيار و لا يعارضه أصالة بقاء الجديد لأن بقاء الجديد لا يوجب بنفسه سقوط الخيار إلا من حيث استلزامه لزوال القديم و قد ثبت في الأصول أن أصالة عدم أحد الضدين لا يثبت وجود الضد الآخر ليترتب عليه حكمه لكن المحكي في التذكرة عن الشافعي في مثله التحالف- قال لو اشترى عبدا و حدث في يده نكتة بياض بعينه و وجد نكتة قديمة ثم زالت إحداهما فقال البائع الزائلة القديمة فلا رد و لا أرش و قال المشتري بل الحادثة و لي الرد قال الشافعي يحلفان على ما يقولان فإذا حلفا استفاد البائع بيمينه دفع الرد و استفاد المشتري بيمينه أخذ الأرش انتهى.

الثالثة لو كان عيب مشاهد غير المتفق عليه

فادعى البائع حدوثه عند المشتري و المشتري سبقه ففي الدروس أنه كالعيب المنفرد يعني أنه يحلف البائع كما لو لم يكن سوى هذا العيب و اختلفا في السبق و التأخر و لعله لأصالة عدم التقدم و يمكن أن يقال إن عدم التقدم هناك راجع إلى عدم سبب الخيار و أما هنا فلا يرجع إلى ثبوت المسقط بل المسقط هو حدوث العيب عند المشتري و قد مر غير مرة أن أصالة التأخر لا يثبت بها حدوث الحادث في الزمان المتأخر و إنما يثبت بها عدم التقدم الذي لا يثبت به التأخر ثم قال في الدروس لو ادعى البائع زيادة العيب عند المشتري و أنكر احتمل حلف المشتري لأن الخيار متيقن و الزيادة موهومة و يحتمل حلف البائع إجراء للزيادة مجرى العيب الجديد. أقول قد عرفت الحكم في العيب الجديد و إن حلف البائع فيه محل نظر ثم إنه لا بد من فرض المسألة فيما لو اختلفا في مقدار من العيب موجود زائد على المقدار المتفق عليه أنه كان متقدما أو متأخرا. و أما إذا اختلفا في أصل الزيادة فلا إشكال في تقديم قول المشتري.

الرابعة لو اختلف في البراءة قدم منكرها

فيثبت الخيار لأصالة عدمها الحاكمة على أصالة لزوم العقد. و ربما يتراءى من مكاتبة جعفر بن عيسى خلاف ذلك قال: كتبت إلى أبى الحسن ع جعلت فداك المتاع يباع فيمن يزيد فينادى عليه المنادى فإذا نادى عليه برىء من كل عيب فيه فإذا اشتراه المشترى و رضيه و لم يبق إلا نقد الثمن فربما زهد فيه فإذا زهد فيه ادعى عيوبا و أنه لم يعلم بها فيقول له المنادى قد برئت منها فيقول المشترى لم أسمع البراءة منها أ يصدق فلا يجب عليه أم لا يصدق فكتب ع أن عليه الثمن الخبر

المكاسب، ج۳، ص ۲۶۵

و عن المحقق الأردبيلى أنه لا يلتفت إلى هذا الخبر لضعفه مع الكتابة و مخالفة القاعدة انتهى. و ما أبعد ما بينه و بين ما فى الكفاية من جعل الرواية مؤيدة لقاعدة البينة على ۲۸ و اليمين على من أنكر و فى كل منهما نظر. و فى الحدائق أن المفهوم من مساق الخبر المذكور أن إنكار المشترى إنما وقع مدالسة لعدم رغبته فى المبيع و إلا فهو عالم بتبرى البائع و الإمام ع إنما ألزمه بالثمن من هذه الجهة و فيه أن مراد السائل ليس حكم العالم بالتبرى المنكر له فيما بينه و بين الله بل الظاهر من سياق السؤال استعلام من يقدم قوله فى ظاهر الشرع من البائع و المشترى مع أن حكم العالم بالتبرى المنكر له مكابرة معلوم لكل أحد خصوصا للسائل كما يشهد به قوله أ يصدق أم لا يصدق الدال على وضوح حكم صورتى صدقه و كذبه و الأولى توجيه الرواية بأن الحكم بتقديم قول المنادى لجريان العادة بنداء الدلال عند البيع بالبراءة من العيوب على وجه يسمعه كل من حضر للشراء فدعوى المشترى مخالفة للظاهر نظير دعوى الغبن و الغفلة عن القيمة ممن لا يخفى عليه قيمة المبيع بقى فى الرواية إشكال آخر من حيث إن البراءة من العيوب عند نداء المنادى لا يجدى فى سقوط خيار العيب بل يعتبر وقوعه فى متن العقد و يمكن التفصى عنه إما بالتزام كفاية تقدم الشرط على العقد بعد وقوع العقد عليه كما يأتى فى باب الشروط و إما بدعوى أن نداء الدلال بمنزلة الإيجاب لأنه لا ينادى إلا بعد أن يرغب فيه أحد الحضار بقيمته فينادى الدلال و يقول بعتك هذا الموجود بكل عيب و يكرر ذلك مرارا من دون أن يتم الإيجاب حتى يمكن من إبطاله عند زيادة من زاد. و الحاصل جعل ندائه إيجابا للبيع و لو أبيت إلا عن أن المتعارف فى الدلال كون ندائه قبل إيجاب البيع أمكن دعوى كون المتعارف فى ذلك الزمان غير ذلك مع أن الرواية لا تصريح فيها بكون البراءة فى النداء قبل الإيجاب كما لا يخفى. ثم الحلف هنا على نفى العلم بالبراءة لأنه الموجب لسقوط الخيار لانتفاء البراءة واقعا

الخامسة لو ادعى البائع رضاء المشترى به بعد العلم أو إسقاط الخيار أو تصرفه فيه أو حدوث عيب عنده حلف المشترى

لأصالة عدم هذه الأمور و لو وجد فى المعيب عيب اختلفا فى حدوثه و قدمه ففى تقديم مدعى الحدوث لأصالة عدم تقدمه كما تقدم سابقا فى دعوى تقدم العيب و تأخره أو مدعى عدمه لأصالة بقاء الخيار الثابت بالعقد على المعيب و الشك فى سقوطه بحدوث العيب الآخر فى ضمان المشترى فالأصل عدم وقوع العقد على السليم من هذا العيب حتى يضمنه المشترى.

و أما الثالث [الاختلاف فى الفسخ]

اشارة

ففيه مسائل

الأولى لو اختلفا فى الفسخ فإن كان الخيار باقيا فله إنشاؤه

و فى الدروس أنه يمكن جعل إقراره إنشاء. و لعله لما اشتهر من أن من ملك شيئا ملك الإقرار به كما لو ادعى الزوج الطلاق و يدل

عليه بعض الأخبار الواردة فيمن أخبر بعتق مملوكه ثم جاء العبد يدعى النفقة على أيتام الرجل و أنه رق لهم و سيجىء الكلام فى فروع هذه القاعدة و إن كان بعد انقضاء زمان الخيار- كما لو تلف العين افتقر مدعيه إلى البينة و مع عدمها حلف الآخر على نفى علمه بالفسخ إن ادعى عليه علمه بفسخه ثم إذا لم يثبت الفسخ فهل يثبت للمشترى المدعى للفسخ الأرش- لئلا يخرج من الحقين أم لا ـ لإقراره بالفسخ. و زاد فى الدروس أنه يحتمل أن يأخذ أقل الأمرين من الأرش و ما زاد على القيمة من الثمن إن اتفق لأنه بزعمه يستحق استرداد الثمن و رد القيمة فيقع التقاص فى قدر القيمة و يبقى قدر الأرش مستحقا على التقديرين انتهى.

الثانية لو اختلفا فى تأخر الفسخ عن أول الوقت

بناء على فورية الخيار ففى تقديم مدعى التأخير لأصالة بقاء العقد و عدم حدوث الفسخ فى أول الزمان أو مدعى عدمه لأصالة صحة الفسخ وجهان- و لو كان منشأ النزاع الاختلاف فى زمان وقوع العقد مع الاتفاق على زمان الفسخ ففى الحكم بتأخر العقد لتصحيح الفسخ وجه- يضعف بأن أصالة تأخر العقد الراجعة حقيقة إلى أصالة عدم تقدمه على الزمان المشكوك وقوعه فيه لا يثبت وقوع الفسخ فى أول الزمان و هذه المسألة نظير ما لو ادعى الزوج الرجوع فى عدة المطلقة و ادعت هى تأخره عنها.

الثالثة لو ادعى المشترى الجهل بالخيار أو بفوريته

اشارة

بناء على فوريته سمع قوله إن احتمل فى حقه الجهل للأصل. و قد يفصل بين الجهل بالخيار فلا يعذر إلا إذا نشأ فى بلد لا يعرفون الأحكام و الجهل بالفورية فيعذر مطلقا لأنه مما يخفى على العامة

القول فى ماهية العيب و ذكر بعض أفراده

القول فى ماهية العيب و ذكر بعض أفراده
اعلم أن حكم الرد و الأرش معلق فى الروايات على مفهوم العيب و العوار أما العوار ففى الصحاح أنه العيب و أما العيب فالظاهر من اللغة و العرف أنه النقص عن مرتبة الصحة المتوسطة بينه و بين الكمال فالصحة ما يقتضيه أصل الماهية المشتركة بين أفراد الشىء لو خلى و طبعه و العيب و الكمال يلحقان له لأمر خارج عنه ثم مقتضى حقيقة الشىء قد يعرف من الخارج كمقتضى حقيقة الحيوان الأناسى و غيره فإنه يعلم أن العمى عيب و معرفة الكتابة فى العبد و الطبخ فى الأمة كمال فيهما و قد يستكشف ذلك بملاحظة أغلب الأفراد فإن وجود صفة فى أغلب أفراد الشىء يكشف عن كونه مقتضى الماهية المشتركة بين أفراده و كون التخلف فى النادر لعارض و هذا و إن لم يكن مطردا فى الواقع إذ كثيرا ما يكون أغلب الأفراد متصفة بصفة لأمر عارضى أو لأمور مختلفة إلا أن بناء العرف و العادة على استكشاف حال الحقيقة عن حال أغلب الأفراد و من هنا استمرت العادة على حصول الظن بثبوت صفة الفرد من ملاحظة أغلب الأفراد فإن وجود الشىء فى أغلب الأفراد و إن لم يمكن الاستدلال به على وجوده فى فرد غيرها لاستحالة الاستدلال و لو ظنا بالجزئى على الجزئى إلا أنه يستدل من حال الأغلب على حال القدر المشترك ثم يستدل من ذلك على حال الفرد المشكوك إذا عرفت هذا تبين لك الوجه فى تعريف العيب فى كلمات كثير منهم بالخروج عن المجرى الطبيعى و هو ما يقتضيه الخلقة الأصلية و أن المراد بالخلقة الأصلية ما عليه أغلب أفراد ذلك النوع و أن ما خرج عن ذلك بالنقص فهو عيب و ما خرج عنه
المكاسب، ج۳، ص ۲۶۶
بالمزية فهو كمال فالضيعة إذا لوحظت من حيث الخراج فما عليه أغلب الضياع من مقدار الخراج هو مقتضى طبيعتها فزيادة الخراج

على ذلك المقدار عيب و نقصه عنه كمال و كذا كونها مورد العساكر ثم لو تعارض مقتضى الحقيقة الأصلية و حال أغلب الأفراد التى يستدل بها على حال الحقيقة عرفا رجح الثانى و حكم للشىء بحقيقة ثانوية اعتبارية يعتبر الصحة و العيب و الكمال بالنسبة إليها و من هنا لا يعد ثبوت الخراج على الضيعة عيبا مع أن حقيقتها لا تقتضى ذلك و إنما هو شىء عرض أغلب الأفراد فصار مقتضى الحقيقة الثانوية فالعيب لا يحصل إلا بزيادة الخراج على مقتضى الأغلب و لعل هذا هو الوجه فى قول كثير منهم بل عدم الخلاف بينهم فى أن الثيبوبة ليست عيبا فى الإماء و قد ينعكس الأمر فيكون العيب فى مقتضى الحقيقة الأصلية و الصحة بالخروج إلى مقتضى الحقيقة الثانوية كالغلفة فإنها عيب فى الكبير لكونها مخالفة لما عليه الأغلب إلا أن يقال إن الغلفة بنفسها ليست عيبا إنما العيب كون الأغلف موردا للخطر بختانه و لذا اختص هذا العيب بالكبير دون الصغير و يمكن أن يقال إن العبرة بالحقيقة الأصلية و النقص عنها عيب و إن كان على طبق الأغلب إلا أن حكم العيب لا يثبت مع إطلاق العقد حينئذ لأنه إنما يثبت من جهة اقتضاء الإطلاق للالتزام بالسلامة فيكون كما لو التزمه صريحا فى العقد فإذا فرض الأغلب على خلاف مقتضى الحقيقة الأصلية لم يقتض الإطلاق ذلك بل اقتضى عكسه التزام البراءة من ذلك النقص فإطلاق العقد على الجارية بحكم الغلبة منزل على التزام البراءة من عيب الثيبوبة و كذا الغلفة فى الكبير فهى أيضا عيب فى الكبير لكون العبد معها موردا للخطر عند الختان إلا أن الغالب فى المجلوب من بلاد الشرك لما كان هى الغلفة لم يقتض الإطلاق التزام سلامته من هذا العيب بل اقتضى التزام البائع البراءة من هذا العيب فقولهم إن الثيبوبة ليست عيبا فى الإماء و قول العلامة فى القواعد إن الغلفة ليست عيبا فى الكبير المجلوب لا يبعد إرادتهم نفى حكم العيب من الرد و الأرش لا نفى حقيقته و يدل عليه نفى الخلاف فى التحرير عن كون الثيبوبة ليست عيبا مع أنه فى التحرير و التذكرة اختار الأرش مع اشتراط البكارة مع أنه لا أرش فى تخلف الشرط بلا خلاف ظاهر. و تظهر الثمرة فيما لو اشترط المشترى البكارة و الختان فإنه يثبت على الوجه الثانى حكم العيب من الرد و الأرش لثبوت العيب غاية الأمر عدم ثبوت الخيار مع الإطلاق لتنزله منزلة تبرى البائع من هذا العيب فإذا زال مقتضى الإطلاق بالاشتراط ثبت حكم العيب و أما على الوجه الأول فإن الاشتراط لا يفيد الأخيار تخلف الشرط دون الأرش لكن الوجه السابق أقوى و عليه فالعيب إنما يوجب الخيار إذا لم يكن غالبا فى أفراد الطبيعة بحسب نوعها أو صنفها و الغلبة الصنفية مقدمة على النوعية عند التعارض فالثيبوبة فى الصغيرة غير المجلوبة عيب لأنها ليست غالبة فى صنفها و إن غلبت فى نوعها ثم إن مقتضى ما ذكرنا دوران العيب مدار نقص الشىء من حيث عنوانه مع قطع النظر عن كونه مالا فإن الإنسان الخصى ناقص فى نفسه و إن فرض زيادته من حيث كونه مالا و كذا البغل الخصى حيوان ناقص و إن كان زائدا من حيث المالية على غيره و لذا ذكر جماعة ثبوت الرد دون الأرش فى مثل ذلك و يحتمل قويا أن يقال إن المناط فى العيب هو النقص المالى فالنقص الخلقى غير الموجب للنقص كالخصاء و نحوه ليس عيبا إلا أن الغالب فى أفراد الحيوان لما كان عدمه كان إطلاق العقد منزلا على إقدام المشترى على الشراء مع عدم هذا النقص اعتمادا على الأصل و الغلبة فكانت السلامة عنه بمنزلة شرط اشترط فى العقد لا يوجب تخلفه إلا خيار تخلف الشرط و تظهر الثمرة فى طرو موانع الرد بالعيب بناء على عدم منعها عن الرد بخيار تخلف الشرط فتأمل. و فى صورة حصول هذا النقص قبل القبض أو فى مدة الخيار فإنه مضمون على الأول بناء على إطلاق كلماتهم أن العيب مضمون على البائع بخلاف الثانى فإنه لا دليل على أن فقد الصفة- المشترطة قبل القبض أو فى مدة الخيار مضمون على البائع بمعنى كونه سببا للخيار و للنظر فى كلا شقى الثمرة مجال. و ربما يستدل لكون الخيار هنا خيار العيب بما فى مرسلة السيارى الحاكية لقصة ابن أبى ليلى: حيث قدم إليه رجل خصما له فقال إن هذا باعنى هذه الجارية فلم أجد على ركبها حين كشفها شعرا و زعمت أنه لم

يكن لها قط فقال له ابن أبى ليلى إن الناس ليحتالون بهذا بالحيل حتى يذهبوه فما الذى كرهت فقال له أيها القاضى إن كان عيبا فاقض لى به قال فاصبر حتى أخرج إليك فإنى أجد أذى فى بطنى ثم دخل بيته و خرج من باب آخر فأتى محمد بن مسلم الثقفى فقال له أى شىء تروون عن أبى جعفر فى المرأة لا تكون على ركبها شعر أ يكون هذا عيبا فقال له محمد بن مسلم أما هذا نصا فلا أعرفه و لكن حدثنى أبو جعفر عن أبيه عن آبائه عن النبى ص قال كلما كان فى أصل الخلقة فزاد أو نقص فهو عيب فقال له ابن أبى

لیلی حسبک هذا فرجع إلی القوم فقضی لهم بالعیب فإن ظاهر إطلاق الروایة المؤید بفهم ابن مسلم من حیث نفی نصوصیة الروایة فی تلک القضیة المشعر بظهورها فیها و فهم ابن أبی لیلی من حیث قوله و عمله کون مجرد الخروج عن المجری الطبیعی عیبا و إن کان مرغوبا فلا ینقص لأجل ذلک من عوضه کما یظهر من قول ابن أبی لیلی إن الناس لیحتالون إلخ و تقریر المشتری له فی رده لکن الإنصاف عدم دلالة الروایة علی ذلک. أما أولا فلأن ظاهر الحکایة إن رد المشتری لم یکن لمجرد عدم الشعر بل لکونها فی أصل الخلقة کذلک الکاشف عن مرض فی العضو أو فی أصل المزاج کما یدل علیه عدم اکتفائه فی عذر الرد بقوله لم أجد علی رکبها شعرا حتی ضم إلیه دعواه أنه لم یکن لها قط و قول ابن أبی لیلی إن الناس لیحتالون فی ذلک حتی یذهبوه لا یدل علی مخالفة المشتری فی کشف ذلک عن المرض و إنما هی مغالطة علیه تفصیا عن خصومته لعجزه عن حکمها و الاحتیال لا ذهاب شعر الرکب لا یدل علی أن عدمه فی أصل الخلقة شیء مرغوب فیه کما أن احتیالهم لإذهاب شعر الرأس لا یدل علی کون عدمه من أصله لقرع أو شبهه أمرا مرغوبا فیه. و بالجملة فالثابت من الروایة هو کون عدم الشعر علی الرکب مما یقطع أو یحتمل کونه لأجل مرض عیبا و قد عد من العیوب الموجبة للأرش ما هو أدون من ذلک و أما ثانیا فلأن قوله ع فهو عیب إنما

المکاسب، ج۳، ص ۲۶۷

یراد به بیان موضوع العیب توطئة لثبوت أحکام العیب له و الغالب الشائع المتبادر فی الأذهان هو رد المعیوب و لذا اشتهر کل معیوب مردود و أما باقی أحکام العیب و خیاره مثل عدم جواز رده بطروء موانع الرد بخیار العیب و کونه مضمونا علی البائع قبل القبض و فی مدة الخیار فلا یظهر من الروایة ترتبها علی العیب فتأمل.

و أما ثالثا فلأن الروایة لا تدل علی الزائد عما یدل علیه العرف لأن المراد بالزیادة و النقیصة علی أصل الخلقة لیس مطلق ذلک قطعا فإن زیادة شعر رأس الجاریة أو حده بصر العبد أو تعلمهما للصنعة و الطبخ و کذا نقص العبد بالختان و حلق الرأس لیس عیبا قطعا فتعین أن یکون المراد بها الزیادة و النقیصة الموجبتین لنقص فی الشیء من حیث الآثار و الخواص المترتبة علیه و لازم ذلک نقصه من حیث المالیة لأن المال المبذول فی مقابل الأموال بقدر ما یترتب علیها من الآثار و المنافع. و أما رابعا فلانا لو سلمنا- مخالفة الروایة للعرف فی معنی العیب فلا تنهض لرفع الید بها عن العرف المحکم فی مثل ذلک لو لا النص المعتبر لا مثل هذه الروایة الضعیفة بالإرسال فافهم. و قد ظهر مما ذکرنا أن الأولی فی تعریف العیب ما فی التحریر و القواعد من أنه نقص فی العین أو زیادة فیها یقتضی النقیصة المالیة فی عادات التجار و لعله المراد بما فی الروایة کما عرفت و مراد کل من عبر بمثلها و لذا قال فی التحریر بعد ذلک و بالجملة کلما زاد أو نقص عن أصل الخلقة و القید الأخیر لإدراج النقص الموجب لبذل الزائد لبعض الأغراض کما قد یقال ذلک فی العبد الخصی و لا ینافیه ما ذکره فی التحریر من أن عدم الشعر علی العانة عیب فی العبد و الأمة لأنه مبنی علی ما ذکرنا فی الجواب الأول عن الروایة من أن ذلک کاشف أو موهم لمرض فی العضو أو المزاج لا علی أنه لا یعتبر فی العیب النقیصة المالیة. و فی التذکرة بعد أخذ نقص المالیة فی تعریف العیب و ذکر کثیر من العیوب و الضابط أنه یثبت الرد بکل ما فی المعقود علیه من منقص القیمة أو العین نقصا یفوت به غرض صحیح بشرط أن یکون الغالب فی أمثال المبیع عدمه انتهی کلامه و ما أحسنه حیث لم یجعل ذلک تعریفا للعیب بل لما یوجب الرد فیدخل فیه مثل خصاء العبد کما صرح به فی التذکرة معللا بأن الغرض قد یتعلق بالفحولة و إن زادت قیمته باعتبار آخر و قد دخل المشتری علی ظن السلامة انتهی. و یخرج منه مثل الثیبوبة و الغلفة فی المجلوب و لعل من عمم العیب لما لا یوجب نقص المالیة کما فی المسالک و عن جماعة أراد به مجرد موجب الرد لا العیب الذی یترتب علیه کثیر من الأحکام کسقوط خیاره بتصرف أو حدوث عیب أو غیر ذلک و علیه یبنی قول جامع المقاصد کما عن تعلیق الإرشاد حیث ذکر أن اللازم تقیید قول العلامة یوجب نقص المالیة بقوله غالبا لیندرج مثل الخصاء و الجب لأن المستفاد من ذکر بعض الأمثلة أن الکلام فی موجبات الرد لا خصوص العیب و یدل علی ذلک أنه قید کون عدم الختان فی الکبیر المجلوب من بلاد الشرک لیس عیبا بعلم المشتری بجلبه إذ ظاهره أنه مع عدم العلم عیب فلو لا أنه أراد بالعیب مطلق ما یوجب الرد لم یکن معنی لدخل علم المشتری و

جهله فی ذلک

الکلام فی بعض أفراد العیب

مسألة لا إشکال و لا خلاف فی کون المرض عیبا

و إطلاق کثیر و تصریح بعضهم یشمل حمی یوم بأن یجده فی یوم البیع قد عرض له الحمی و إن لم یکن نوبة له فی الأسبوع. قال فی التذکرة الجذام و البرص و العمی و العور و العرج و القرن و الفتق و الرتق- و القرع و الصمم و الخرس عیوب إجماعا و کذا أنواع المرض سواء استمر کما فی الممراض أو کان عارضا و لو حمی یوم و الإصبع الزائدة و الحول و الحوص و السبل و استحقاق القتل فی الردة أو القصاص و القطع بالسرقة أو الجنایة و الاستسعاء فی الدین عیوب إجماعا ثم إن عد حمی الیوم المعلوم کونها حمی یوم یزول فی یومه و لا یعود مبنی علی عد موجبات الرد لا العیوب الحقیقیة لأن ذلک لیس منقصا للقیمة.

مسألة الحبل عیب فی الإماء

کما صرح به جماعة و فی المسالک الإجماع علیه فی مسألة رد الجاریة الحامل بعد الوطی و یدل علیه الأخبار الواردة فی تلک المسألة و علله فی التذکرة باشتماله علی تغریر النفس لعدم یقین السلامة بالوضع هذا مع عدم کون الحمل للبائع و إلا فالأمر أوضح و یؤیده عجز الحامل عن کثیر من الخدمات و عدم قابلیتها للاستیلاد إلا بعد الوضع أما فی غیر الإماء من الحیوانات ففی التذکرة أنه لیس بعیب و لا یوجب الرد بل ذلک زیادة فی المبیع إن قلنا بدخول الحمل فی بیع الحامل کما هو مذهب الشیخ. و قال بعض الشافعیة یرد به و لیس بشیء انتهی. و رجح المحقق الثانی کونه عیبا- و إن قلنا بدخول الحمل فی بیع الحامل لأنه و إن کان زیادة من وجه إلا أنه نقیصة من وجه آخر لمنع الانتفاع بها عاجلا و لأنه لا یؤمن علیها من أداء الوضع إلی الهلاک و الأقوی علی قول الشیخ ما اختاره فی التذکرة لعدم النقص فی المالیة بعد کونه زیادة من وجه آخر و أداء الوضع إلی الهلاک نادر فی الحیوانات لا یعبأ به. نعم عدم التمکن من بعض الانتفاعات نقص یوجب الخیار دون الأرش کوجدان العین مستأجرة و کیف کان فمقتضی کون الحمل عیبا فی الإماء أنه لو حملت الجاریة المعیبة عند المشتری لم یجز ردها لحدوث العیب فی یده سواء نقصت بعد الولادة أم لا لأن العیب الحادث مانع و إن زال علی ما تقدم من التذکرة. و فی التذکرة لو کان المعیب جاریة معیبة فحبلت و ولدت فی ید المشتری فإن نقصت بالولادة سقط الرد بالعیب القدیم و کان له الأرش و إن لم تنقص فالأولی جواز ردها وحدها من دون الولد إلی أن قال و کذا حکم الدابة- لو حملت عند المشتری و ولدت فإن نقصت بالولادة فلا رد و إن لم تنقص ردها دون ولدها لأنه للمشتری انتهی و فی مقام آخر لو اشتری جاریة حائلا أو بهیمة حائلا فحبلت ثم اطلع علی عیب فإن نقصت بالحمل فلا رد إن کان الحمل فی ید المشتری و به قال الشافعی و إن لم تنقص أو کان الحمل فی ید البائع فله الرد انتهی و فی الدروس لو حملت إحداهما یعنی الجاریة و البهیمة عند المشتری لا بتصرفه فالحمل له فإن فسخ رد الأم ما لم ینقص بالحمل أو الولادة و ظاهر القاضی أن الحمل عند المشتری یمنع الرد لأنه إما بفعله أو إهمال المراعاة حتی ضربها الفحل و کلاهما تصرف انتهی. لکن صرح فی

المکاسب، ج۳، ص ۲۶۸

المبسوط باستواء البهیمة و الجاریة- فی أنه إذا حملت إحداها عند المشتری و ولدت و لم تنقص بالولادة فوجد فیها عیبا رد الأم دون الولد و ظاهر ذلک کله خصوص نسبة منع الرد إلی خصوص القاضی و خصوصا مع استدلاله علی المنع بالتصرف لا حدوث العیب

تسالمهم على أن الحمل الحادث عند المشترى فى الأمة ليس فى نفسه عيبا بل العيب هو النقص الحادث بالولادة و هذا مخالف للأخبار المتقدمة فى رد الجارية الحامل الموطوءة من عيب الحبل و للإجماع المتقدم عن المسالك و تصريح هؤلاء يكون الحبل عيبا يرد منه لاشتماله على التغرير بالنفس و الجمع بين كلماتهم مشكل خصوصا بملاحظة العبارة الأخيرة المحكية عن التذكرة من إطلاق كون الحمل عند البائع عيبا و إن لم ينقص و عند المشترى بشرط النقص من غير فرق بين الجارية و البهيمة مع أن ظاهر العبارة الأولى كالتحرير و القواعد الفرق فراجع قال فى القواعد لو حملت غير الأمة عند المشترى من غير تصرف فالأقرب أن للمشترى الرد بالعيب السابق لأن الحمل زيادة انتهى و هذا بناء منه أن الحمل ليس عيبا فى غير الأمة. و فى الإيضاح أن هذا بناء على قول الشيخ فى كون الحمل تابعا للحامل فى الانتقال ظاهر و أما عندنا فالأقوى ذلك لأنه كالثمرة المتجددة على الشجرة- و كما لو أطارت الريح ثوبا للمشترى فى الدار المبتاعة و الخيار له فلا يؤثر و يحتمل عدمه لحصول خطر ما و لنقص منافعها لا تقدر على الحمل العظيم انتهى. و مما ذكرنا ظهر الوهم فيما نسب إلى الإيضاح من أن ما قربه فى القواعد مبنى على قول الشيخ من دخول الحمل فى بيع الحامل. نعم ذكر فى جامع المقاصد أن ما ذكره المصنف إن تم فإنما يخرج على قول الشيخ من كون المبيع فى زمن الخيار ملكا للبائع بشرط تجدد الحمل فى زمان الخيار و لعله فهم من العبارة رد الحامل مع حملها على ما يتراءى من تعليله بقوله لأن الحمل زيادة يعنى أن الحامل ردت إلى البائع مع الزيادة لا مع النقيصة لكن الظاهر من التعليل كونه تعليلا لعدم كون الحمل عيبا فى غير الأمة و كيف كان فالأقوى فى مسألة حدوث حمل الأمة عدم جواز الرد ما دام الحمل و ابتناء حكمها بعد الوضع و عدم النقص على ما تقدم من أن زوال العيب الحادث يؤثر فى جواز الرد أم لا- و أما حمل غير الأمة فقد عرفت أنه ليس عيبا موجبا للأرش لعدم الخطر فيه غالبا و عجزها عن تحمل بعض المشاق لا- يوجب إلا- فوات بعض المنافع الموجب للتخيير فى الرد دون الأرش لكن لما كان المراد بالعيب الحادث المانع عن الرد ما يعم نقص الصفات غير الموجب للأرش و كان محققا هنا مضافا إلى نقص آخر و هو كون المبيع متضمنا لمال الغير لأن المفروض كون الحمل للمشترى اتجه الحكم بعدم جواز الرد حينئذ.

مسألة الأكثر على أن الثيبوبة ليست عيبا فى الإماء

بل فى التحرير لا نعلم فيه خلافا و نسبه فى المسالك كما عن غيره إلى إطلاق الأصحاب لغلبتها فيهن فكانت بمنزلة الخلقة الأصلية و استدل عليه أيضا برواية سماعة المنجبرة بعمل الأصحاب على ما ادعاه المستدل: عن رجل باع جارية على أنها بكر فلم يجدها كذلك قال لا ترد عليه و لا يجب عليه شيء إنه قد يكون تذهب فى حال مرض أو أمر يصيبها و فى كلا الوجهين نظر ففى الأول ما عرفت سابقا من أن وجود الصفة فى أغلب أفراد الطبيعة إنما يكشف عن كونها بمقتضى أصل وجودها المعبر عنه بالخلقة الأصلية إذا لم يكن مقتضى الخلقة معلوما فى ما نحن فيه و إلا فمقتضى الغالب لا يقدم على ما علم أنه مقتضى الخلقة الأصلية و علم كون النقص عنها موجبا لنقص المالية كما فيما نحن فيه خصوصا مع ما عرفت من إطلاق مرسلة السيارى غاية ما يفيد الغلبة المذكورة هنا عدم تنزيل إطلاق العقد على التزام سلامة المعقود عليه عن تلك الصفة الغالبة و لا- يثبت الخيار بوجودها و إن كانت نقصا فى الخلقة الأصلية. و أما رواية سماعة فلا دلالة لها على المقصود- لتعليله ع عدم الرد مع اشتراط البكارة باحتمال ذهابها بعارض و قدح هذا الاحتمال إما لجريانه بعد قبض المشترى فلا يكون مضمونا على البائع و إما لأن اشتراط البكارة كناية عن عدم وطء أحد لها فمجرد ثبوتها لا يوجب تخلف الشرط الموجب للخيار بل مقتضى تعليل عدم الرد بهذا الاحتمال أنه لو فرض عدمه لثبت الخيار فيعلم من ذلك كون البكارة صفة كمال طبيعى فعدمها نقص فى أصل الطبيعة فيكون عيبا و كيف كان فالأقوى أن الثيبوبة عيب عرفا و شرعا إلا أنها لما غلبت على الإماء لم يقتض إطلاق العقد التزام سلامتها عن ذلك. و تظهر الثمرة فيما لو اشترط فى متن العقد سلامة المبيع عن العيوب مطلقا أو اشترط خصوص البكارة فإنه يثبت بفقدها التخيير بين الرد و الأرش لوجود العيب و عدم المانع من تأثيره و مثله

ما لو كان المبيع صغيرة أو كبيرة لم تكن الغالب على صنفها الثيبوبة فإنه يثبت حكم العيب. و الحاصل أن غلبة الثيبوبة مانعة عن حكم العيب لا موضوعه فإذا وجد ما يمنع عن مقتضاها ثبت حكم العيب و لعل هذا هو مراد المشهور أيضا و يدل على ذلك ما عرفت من العلامة رحمه الله فى التحرير من نفى الخلاف فى عدم كون الثيبوبة عيبا مع أنه فى كتبه بل المشهور كما فى الدروس على ثبوت الأرش إذا اشترط البكارة- فلو لا أن الثيبوبة عيب لم يكن أرش فى مجرد تخلف الشرط. نعم يمكن أن يقال إن مستندهم فى ثبوت الأرش ورود النص بذلك فيما رواه فى الكافى و التهذيب عن يونس: فى رجل اشترى جارية على أنها عذراء فلم يجدها عذراء قال يرد عليه فضل القيمة إذا علم أنه صادق ثم إنه نسب فى التذكرة إلى أصحابنا عدم الرد بمقتضى رواية سماعة المتقدمة و أوله بما وجهنا به تلك الرواية.

و ذكر الشيخ فى النهاية مضمون الرواية مع تعليلها الدال على تأويلها و لو شرط الثيبوبة فبانت بكرا كان له الرد لأنه قد يقصد الثيب لغرض صحيح.

مسألة [هل عدم الختان عيب فى العبد]

ذكر فى التذكرة و القواعد من جملة العيوب عدم الختان فى العبد الكبير لأنه يخاف عليه من ذلك و هو حسن على تقدير تحقق الخوف على وجه لا يرغب فى بذل ما يبذل لغيره بإزائه و يلحق بذلك المملوك غير المجدور فإنه يخاف عليه لكثرة موت المماليك بالجدرى- و مثل هذين و إن لم يكن نقصا فى الخلقة الأصلية إلا أن عروض هذا النقص أعنى الخوف مخالف لمقتضى ما عليه الأغلب فى النوع أو الصنف و لو كان الكبير مجلوبا من بلاد الشرك فظاهر القواعد كون عدم الختان عيبا

المكاسب، ج۳، ص ۲۶۹

فيه مع الجهل دون العلم و هو غير مستقيم لأن العلم و الجهل بكونه مجلوبا لا يؤثر فى كونه عيبا. نعم لما كان الغالب فى المجلوب عدم الختان لم يكن إطلاق العقد الواقع عليه مع العلم بجلبه التزاما بسلامته من هذا العيب كما ذكرنا نظيره فى الثيب و تظهر الثمرة هنا أيضا فيما لو اشترط الختان فظهر أغلف فيثبت الرد و الأرش فإخراج العلامة الثيبوبة و عدم الختان فى الكبير المجلوب مع العلم بجلبه من العيوب لكونه رحمه الله فى مقام عد العيوب الموجبة فعلا للخيار.

مسألة عدم الحيض ممن شأنها الحيض

بحسب السن و المكان و غيرهما من الخصوصيات التى لها مدخلية فى ذلك عيب ترد معه الجارية لأنه خروج عن المجرى الطبيعى- و لقول الصادق ع: و قد سئل عن رجل اشترى جارية مدركة فلم تحض عنده حتى مضى لها ستة أشهر و ليس بها حمل قال إن كان مثلها تحيض و لم يكن ذلك من كبر فهذا عيب ترد منه و ليس التقييد بمضى ستة أشهر إلا فى مورد السؤال فلا داعى إلى تقييد كونه عيبا بذلك كما فى ظاهر بعض الكلمات ثم إن حمل الرواية على صورة عدم التصرف فى الجارية حتى بمثل قول المولى لها اسقنى ماءا أو أغلق الباب فى غاية البعد و ظاهر الحلى فى السرائر عدم العمل بمضمون الرواية رأسا.

مسألة الإباق عيب بلا إشكال و لا خلاف

لأنه من أفحش العيوب و يدل عليه صحيحة أبى همام الآتية فى عيوب السنة- لكن فى رواية محمد بن قيس: أنه ليس فى الإباق عهدة

و يمكن حملها على أنه ليس كعيوب السنة يكفى حدوثها بعد العقد كما يشهد قوله ع فى رواية يونس: إن العهدة فى الجنون و البرص سنة بل لا بد من ثبوت كونه كذلك عند البائع و إلا فحدوثه عند المشترى ليس فى عهدة البائع و لا خلاف إذا ثبت وجوده عند البائع و هل يكفى المرة عنده أو يشترط الاعتياد قولان من الشك فى كونه عيبا و الأقوى ذلك وفاقا لظاهر الشرائع و صريح التذكرة لكون ذلك بنفسه نقصا بحكم العرف و لا يشترط إباقه عند المشترى قطعا

مسألة الثفل الخارج عن العادة فى الزيت و البذر و نحوهما عيب

يثبت به الرد و الأرش لكون ذلك خلاف ما عليه غالب أفراد الشيء. و فى رواية ميسر بن عبد العزيز قال: قلت لأبى عبد الله ع فى الرجل يشترى زق زيت يجد فيه درديا قال إن كان يعلم أن الدردى يكون فى الزيت فليس عليه أن يرده و إن لم يكن يعلم فله أن يرده نعم فى رواية السكونى عن جعفر عن أبيه: إن عليا قضى فى رجل اشترى من رجل عكة فيها سمن احتكرها حكرة فوجد فيها ربا فخاصمه إلى على ع فقال له على ع لك بكيل الرب سمنا فقال له الرجل إنما بعته منه حكرة فقال له على ع إنما أشترى منك سمنا و لم يشتر منك ربا قال فى الوافى يقال اشترى المتاع حكرة أى جملة و هذه الرواية بظاهرها مناف لحكم العيب من الرد و الأرش و توجيهها بما يطابق القواعد مشكل و ربما استشكل فى أصل الحكم بصحة البيع لو كان كثيرا للجهل بمقدار المبيع و كفاية معرفة وزن السمن بظروفه خارجة بالإجماع كما تقدم أو مفروضة فى صورة انضمام الظرف المفقود هنا لأن الدردى غير متمول و الأولى أن يقال إن وجود الدردى إن أفاد نقصا فى الزيت من حيث الوصف- و إن أفضى بعد التخليص إلى نقص الكم نظير الغش فى الذهب كان الزائد منه على المعتاد عيبا و إن أفرط فى الكثرة و لا إشكال فى صحة البيع حينئذ لأن المبيع زيت و إن كان معيوبا. و عليه يحمل ما فى التحرير من أن الدردى فى الزيت و البذر عيب موجب للرد و الأرش- و إن لم يفد إلا نقصا فى الكم- فإن باع ما فى العكة بعد وزنها مع العكة و مشاهدة شيء منه تكون أمارة على باقيه و قال بعتك ما فى هذه العكة من الزيت كل رطل بكذا فظهر امتزاجه بغيره غير الموجب لتعيبه فالظاهر صحة البيع و عدم ثبوت الخيار أصلا لأنه اشترى السمن الموجود فى هذه العكة و لا يقدح الجهل بوزنه للعلم به مع الظرف و المفروض معرفة نوعه بملاحظة شيء منها بفتح رأس العكة فلا عيب و لا تبعض صفقة إلا أن يقال إن إطلاق شراء ما فى العكة من الزيت فى قوة اشتراط كون ما عدا العكة سمنا فيلحق بما سيجيء فى الصورة الثالثة من اشتراط كونه بمقدار خاص و إن باعه بعد معرفة وزن المجموع بقوله بعتك ما فى هذه العكة فتبين بعضه درديا صح البيع فى الزيت مع خيار تبعض الصفقة قال فى التحرير لو اشترى سمنا فوجد فيه غيره تخير بين الرد و أخذ ما وجده من السمن بنسبة الثمن و لو باع ما فى العكة من الزيت على أنه كذا و كذا رطلا فتبين نقصه عنه لوجود الدردى صح البيع و كان للمشترى خيار تخلف الوصف أو الجزء على الخلاف المتقدم فيما لو باع الصبرة على أنها كذا و كذا فظهر ناقصا و لو باعه مع مشاهدته ممزوجا بما لا يتمول بحيث لا يعلم قدر خصوص الزيت فالظاهر عدم صحة البيع و إن عرف وزن المجموع مع العكة لأن كفاية معرفة وزن الظرف و المظروف إنما هى من حيث الجهل الحاصل من اجتماعهما لا من انضمام مجهول آخر غير قابل للبيع كما لو علم بوزن مجموع الظرف و المظروف لكن علم بوجود صخرة فى الزيت مجهولة الوزن.

مسألة قد عرفت أن مطلق المرض عيب خصوصا الجنون و البرص و الجذام و القرن

و لكن يختص هذه الأربعة من بين العيوب بأنها لو حدثت إلى سنة من يوم العقد يثبت لأجلها التخيير بين الرد و الأرش هذا هو المشهور و يدل عليه ما استفيض عن مولانا أبى الحسن الرضا ع ففى رواية على بن أسباط عنه: فى حديث خيار الثلاثة أن أحداث

السنة ترد بعد السنة قلت و ما أحداث السنة قال الجنون و الجذام و البرص و القرن فمن اشترى فحدث فيه هذه الأحداث فالحكم أن يرد على صاحبه إلى تمام السنة من يوم اشتراه. و فى رواية ابن فضال المحكية عن الخصال:

فى أربعة أشياء خيار سنة الجنون و الجذام و القرن و البرص و فى رواية أخرى له عنه ع قال: ترد الجارية من أربع خصال من الجنون و الجذام و البرص و القرن و الحدبة هكذا فى التهذيب. و فى الكافى القرن الحدبة إلا أنها تكون فى الصدر تدخل الظهر و تخرج الصدر انتهى و مراده أن الحدب ليس خامسا لها لأن القرن يرجع إلى حدب فى الفرج لكن المعروف أنه عظم فى الفرج كالسن يمنع الوطى. و فى الصحيح عن محمد بن على- قيل و هو مجهول و احتمل بعض كونه الحلبى عنه ع قال: يرد المملوك من أحداث السنة من الجنون و البرص و القرن قال قلت و كيف يرد من أحداث فقال هذا أول السنة يعنى المحرم فإذا اشتريت مملوكا فحدث

المكاسب، ج۳، ص ۲۷۰

فيه هذه الخصال ما بينك و بين ذى الحجة رددت على صاحبه. و هذه الرواية لم يذكر فيها الجذام مع ورودها فى مقام التحديد و الضبط لهذه الأمور فيمكن أن يدعى معارضتها لباقى الأخبار المتقدمة و من هنا استشكل المحقق الأردبيلى فى الجذام و ليس التعارض من باب المطلق و المقيد كما ذكره فى الحدائق ردا على الأردبيلى رحمه الله إلا أن يريد أن التعارض يشبه تعارض المطلق و المقيد فى وجوب العمل بما لا يجرى فيه احتمال يجرى فى معارضه و هو هنا احتمال سهو الراوى فى ترك ذكر الجذام فإنه أقرب الاحتمالات المتطرقة فى ما نحن فيه و يمكن أن يكون الوجه فى ترك الجذام فى هذه الرواية انعتاقها على المشترى بمجرد حدوث الجذام فلا معنى للرد و حينئذ فيشكل الحكم بالرد فى باقى الأخبار. و وجهه فى المسالك بأن عتقه على المشترى موقوف على ظهور الجذام بالفعل و يكفى فى العيب الموجب للخيار وجود مادته فى نفس الأمر و إن لم يظهر فيكون سبب الخيار مقدما على سبب العتق فإن فسخ انعتق على البائع و إن أمضى انعتق على المشترى. و فيه أولا أن ظاهر هذه الأخبار- أن سبب الخيار ظهور هذه الأمراض لأنه المعنى بقوله فحدث فيه هذه الخصال ما بينك و بين ذى الحجة و لو لا ذلك لكفى وجود موادها فى السنة و إن تأخر ظهورها عنها و لو بقليل بحيث يكشف عن وجود المادة قبل انقضاء السنة و هذا مما لا أظن أحدا يلتزمه مع أنه لو كان الموجب للخيار هى مواد هذه الأمراض كان ظهورها زيادة فى العيب حادثة فى يد المشترى فلتكن مانعة من الرد لعدم قيام المال بعينه حينئذ فيكون فى التزام خروج هذه العيوب من عموم كون النقص الحادث مانعا عن الرد تخصيصا آخر للعمومات. و ثانيا أن سبق سبب الخيار لا يوجب عدم الانعتاق بطروء سببه بل ينبغى أن يكون الانعتاق القهرى سببه مانعا شرعيا بمنزلة المانع العقلى عن الرد كالموت و لذا لو حدث الانعتاق بسبب آخر غير الجذام فلا أظن أحدا يلتزم عدم الانعتاق إلا بعد لزوم البيع خصوصا مع بناء العتق على التغليب هذا و لكن رفع اليد عن هذه الأخبار الكثيرة المعتضدة بالشهرة المحققة و الإجماع المدعى فى السرائر و الغنية مشكل فيمكن العمل بها فى موردها أو الحكم من أجلها بأن تقدم سبب الخيار يوجب توقف الانعتاق على إمضاء العقد و لو فى غير المقام ثم لو فسخ المشترى فانعتاقه على البائع موقوف على دلالة الدليل على عدم جواز تملك المجذوم لا أن جذام المملوك يوجب انعتاقه بحيث يظهر اختصاصه بحدوث الجذام فى ملكه ثم إن زيادة القرن ليس فى كلام الأكثر- فيظهر منهم العدم فنسبه المسالك الحكم فى الأربعة إلى المشهور كأنه لاستظهار ذلك من ذكره فى الدروس ساكتا عن الخلاف فيه. و عن التحرير نسبه إلى أبى على و فى مفتاح الكرامة أنه لم يظفر بقائل غير الشهيدين و أبى على و من هنا تأمل المحقق الأردبيلى من عدم صحة الأخبار و فقد الانجبار ثم إن ظاهر إطلاق الأخبار على وجه يبعد التقيد فيها شمول الحكم لصورة التصرف لكن المشهور تقيد الحكم بغيرها و نسب إليهم جواز الأرش قبل التصرف و تعينه بعده و الأخبار خالية عنه و كلاهما مشكل إلا أن الظن من كلمات بعض عدم الخلاف الصريح فيهما لكن كلام المفيد قدس سره مختص بالوطء و الشيخ و ابن زهرة لم يذكرا التصرف و لا الأرش. نعم ظاهر الحلى الإجماع على تساويها مع سائر العيوب من هذه الجهة و أن هذه العيوب كسائر العيوب فى كونها مضمونة إلا أن الفارق ضمان هذه إذا حدثت فى السنة بعد القبض و انقضاء الخيار و لو ثبت أن أصل هذه الأمراض تكمن قبل سنة من ظهورها و ثبت أن أخذ الأرش للعيب الموجود قبل العقد أو القبض مطابق للقاعدة ثبت

الأرش هنا بملاحظة التعيب بمادة هذه الأمراض الكامنة فى المبيع لا بهذه الأمراض الظاهرة فيه قال فى المقنعة و يرد العبد و الأمة من الجنون و الجذام و البرص ما بين ابتياعها و بين سنة واحدة و لا يردان بعد سنة و ذلك أن أصل هذه الأمراض يتقدم ظهورها بسنة و لا يتقدم بأزيد فإن وطئ المبتاع الأمة فى هذه السنة لم يجز له ردها و كان له قيمته ما بينها صحيحة و سقيمه انتهى. و ظاهره أن نفس هذه الأمراض يتقدم بسنة و لذا أورد عليه فى السرائر أن هذا موجب لانعتاق المملوك على البائع فلا يصح البيع و يمكن أن يريد به ما ذكرنا من إرادة مواد هذه الأمراض

خاتمة فى عيوب متفرقة

خاتمة فى عيوب متفرقة

قال فى التذكرة إن الكفر ليس عيبا فى العبد و لا الجارية ثم استحسن قول بعض الشافعية بكونه عيبا فى الجارية إذا منع الاستمتاع كالتمجس و التوثن دون التهود و التنصر و الأقوى كونه موجبا للرد فى غير المجلوب و إن كان أصلا فى المماليك إلا أن الغالب فى غير المجلوب الإسلام فهو نقص موجب لتنفر الطباع عنه خصوصا بملاحظة نجاستهم المانعة عن كثير من الاستخدامات. نعم الظاهر عدم الأرش فيه لعدم صدق العيب عليه عرفا و عدم كونه نقصا أو زيادة أصل الخلقة و لو ظهرت الأمة محرمة على المشترى برضاع أو نسب فالظاهر عدم الرد به لأنه لا يعد نقصا بالنوع و لا عبرة بخصوص المشترى و لو ظهر ممن ينعتق عليه فكذلك كما فى التذكرة معللا بأنه ليس نقصا عند كل الناس و عدم نقص ماليته عند غيره. و فى التذكرة لو ظهر أن البائع باعه وكالة أو ولاية أو وصاية أو أمانة ففى ثبوت الرد لخطر فساد النيابة احتمال. أقول الأقوى عدمه و كذا لو اشترى ما عليه أثر الوقف. نعم لو كان عليه أمارة قوية لم يبعد كونه موجبا للرد لقلة رغبة الناس فى تملك مثله و تأثير ذلك فى نقصان قيمته عن قيمة أصل الشيء لو خلى و طبعه أثرا بينا. و ذكر فى التذكرة أن الصيام و الإحرام و الاعتداد ليست عيوبا. أقول أما عدم إيجابها الأرش فلا إشكال فيه و أما عدم إيجابها الرد ففيه إشكال إذا فات بها الانتفاع فى مدة طويلة فإنه لا ينقص عن ظهور المبيع مستأجرا. و قال أيضا إذا كان المملوك نماما أو ساحرا أو قاذفا للمحصنات أو شاربا للخمر أو مقامرا ففى كون هذه عيوبا إشكال أقربه العدم. و قال لو كان الرقيق رطب الكلام أو غليظ الصوت أو سيئ الأدب أو ولد زنا أو مغنيا أو حجاما أو أكولا أو زهيدا فلا رد و ترد الدابة بالزهادة

المكاسب، ج۳، ص ۲۷۱

و كون الأمة عقيما لا يوجب الرد لعدم القطع بتحققه فربما كان من الزوج أو لعارض انتهى. و مراده العارض الاتفاقى لا المرض العارضى قال فى التذكرة فى آخر ذكر موجبات الرد و الضابط أن الرد يثبت بكل ما فى المعقود عليه من منقص القيمة أو العين نقصا يفوت به غرض صحيح بشرط أن يكون الغالب فى أمثال المبيع عدمه انتهى

القول فى الأرش

[الأرش لغة و اصطلاحا]

اشارة

و هو لغة كما فى الصحاح و عن المصباح دية الجراحات و عن القاموس أنه الدية و يظهر من الأولين أنه فى الأصل اسم للفساد و يطلق فى كلام الفقهاء على مال يؤخذ بدلا عن نقص مضمون فى مال أو بدن و لم يقدر له فى الشرع مقدر.

[كلام الشهيد فی معنی الأرش]

و عن حواشی الشهید قدس سره أنه یطلق بالاشتراک اللفظی علی معان منها ما نحن فیه. و منها نقص القیمهٔ لجنایهٔ الإنسان علی عبد غیره فی غیر المقدر الشرعی. و منها ثمن التالف المقدر شرعا بالجنایهٔ کقطع ید العبد. و منها أکثر الأمرین من المقدر الشرعی و الأرش و هو ما تلف بجنایهٔ الغاصب انتهی. و فی جعل ذلک من الاشتراک اللفظی إشارهٔ إلی أن هذا اللفظ قد اصطلح فی خصوص کل من هذه المعانی عند الفقهاء بملاحظهٔ مناسبتها للمعنی اللغوی مع قطع النظر عن ملاحظهٔ العلاقهٔ بین کل منها و بین الآخر فلا یکون مشترکا معنویا بینهما و لا حقیقهٔ و مجازا فهی کلها منقولات عن المعنی اللغوی بعلاقهٔ الإطلاق و التقیید

. و ما ذکرناه فی تعریف الأرش فهو کلی انتزاعی عن تلک المعانی کما یظهر بالتأمل و کیف کان فقد ظهر من تعریف الأرش أنه لا یثبت إلا مع ضمان النقص المذکور

ثم إن ضمان النقص تابع فی الکیفیهٔ لضمان المنقوص

و هو الأصل فإن کان مضمونا بقیمته کالمغصوب و المستام و شبههما و یسمی ضمان الید کان النقص مضمونا بما یخصه من القیمهٔ إذا وزعت علی الکل و إن کان مضمونا بعوض بمعنی أن فواته یوجب عدم تملک عوضه المسمی فی المعاوضهٔ و یسمی ضمانه ضمان المعاوضهٔ کان النقص مضمونا بما یخصه من العوض إذا وزع علی مجموع الناقص و المنقوص لا نفس قیمهٔ العیب لأن الجزء تابع للکل فی الضمان و لذا عرف جماعهٔ الأرش فی عیب المثمن فیما نحن فیه بأنه جزء من الثمن نسبته إلیه کنسبهٔ التفاوت بین الصحیح و المعیب إلی الصحیح و ذلک لأن ضمان تمام المبیع الصحیح علی البائع ضمان المعاوضهٔ بمعنی أن البائع ضامن لتسلیم المبیع تاما إلی المشتری فإذا فاته تسلیم بعضه ضمنه بمقدار ما یخصه من الثمن لا بقیمته. نعم ظاهر کلام جماعهٔ من القدماء کأکثر النصوص یوهم إرادهٔ قیمهٔ العیب کلها إلا أنها محمولهٔ علی الغالب من مساواهٔ الثمن للقیمهٔ السوقیهٔ للمبیع بقرینهٔ ما فیها من أن البائع یرد علی المشتری و ظاهره کون المردود شیئا من الثمن الظاهر فی عدم زیادته علیه بل فی نقصانه فلو کان اللازم هو نفس التفاوت لزاد علی الثمن فی بعض الأوقات کما إذا اشتری جاریهٔ بدینارین و کان معیبها تسوی مائهٔ و صحیحها تسوی أزید فیلزم استحقاق مائهٔ دینار فإذا لم یکن مثل هذا الفرد داخلا بقرینهٔ عدم صدق الرد و الاسترجاع تعین کون هذا التعبیر لأجل غلبهٔ عدم استیعاب التفاوت للثمن فإذا بنی الأمر علی ملاحظهٔ الغلبهٔ فمقتضاها الاختصاص بما هو الغالب من اشتراء الأشیاء من أهلها فی أسواقها بقیمتها المتعارفهٔ. و قد توهم بعض من لا تحصیل له أن العیب إذا کان فی الثمن کان أرشه تمام التفاوت بین الصحیح و المعیب و منشأه ما یتراءی فی الغالب من وقوع الثمن فی الغالب نقدا غالبا مساویا لقیمهٔ المبیع فإذا ظهر معیبا وجب تصحیحه ببذل تمام التفاوت و إلا فلو فرض أنه اشتری عبدا بجاریهٔ تسوی معیبها أضعاف قیمته فإنه لا یجب بذل نفس التفاوت بین صحیحها و معیبها قطعا و کیف کان فالظاهر أنه لا إشکال و لا خلاف فی ذلک و إن کان المتراءی من الأخبار خلافه إلا أن التأمل فیها قاض بخلافه. نعم یشکل الأمر فی المقام من جهة أخری- و هی أن مقتضی ضمان وصف الصحهٔ بمقدار ما یخصه من الثمن لا بقیمته انفساخ العقد فی ذلک المقدار لعدم مقابل له حین العقد کما شأن الجزء المفقود المبیع مع أنه لم یقل به أحد و یلزم من ذلک أیضا تعین أخذ الأرش من الثمن مع أن ظاهر جماعهٔ عدم تعینه منه معللا بأنه غرامهٔ. و توضیحه أن الأرش لتتمیم المعیب حتی یصیر مقابلا للثمن لا لتنقیص الثمن حتی یصیر مقابلا للمعیب و لذا سمی أرشا کسائر الأروش المتدارکهٔ للنقائص فضمان العیب علی هذا الوجه خارج عن الضمانین المذکورین لأن ضمان المعاوضهٔ یقتضی انفساخ المعاوضهٔ بالنسبهٔ إلی الفائت المضمون و مقابله إذ لا معنی له غیر ضمان الشیء و أجزائه بعوضه المسمی و أجزائه و الضمان الآخر یقتضی ضمان الشیء بقیمته الواقعیهٔ فلا أوثق من أن یقال إن مقتضی المعاوضهٔ عرفا هو عدم مقابلهٔ وصف الصحهٔ بشیء من الثمن لأنه أمر معنی کسائر الأوصاف و لذا لو قابل المعیب بما هو أنقص منه قدرا حصل الربا من جهة صدق

الزیادة و عدم عد العیب نقصا یتدارک بشیء من مقابله إلا أن الدلیل من النص و الإجماع دل علی ضمان هذا الوصف من بین الأوصاف و کونه فی عهدة البائع بمعنی وجوب تدارکه بمقدار من الثمن یضاف إلی ما یقابل بأصل المبیع لأجل اتصافه بوصف الصحة فإن هذا الوصف کسائر الأوصاف و إن لم یقابله شیء من الثمن لکن له مدخل فی وجود مقدار الثمن و عدمه فإذا تعهده البائع کان للمشتری مطالبته بخروجه عن عهدته بإزاء ما کان یلاحظ الثمن لأجله و للمشتری أیضا إسقاط هذا الالتزام عنه

[هل الضمان بعین بعض الثمن أو بمقداره]

نعم یبقی الکلام فی کون هذا الضمان المخالف للأصل بعین بعض الثمن- کما هو ظاهر تعریف الأرش فی کلام بأنه جزء من الثمن أو بمقداره کما هو مختار العلامة فی صریح التذکرة و ظاهر غیرها و الشهیدین فی کتبهما وجهان تردد بینهما فی جامع المقاصد و أقواهما الثانی لأصالة عدم تسلط المشتری علی شیء من الثمن و براءة ذمة البائع من وجوب دفعه لأن المتیقن من مخالفة الأصل ضمان البائع لتدارک الفائت الذی التزم وجوده فی المبیع بمقدار وقع الإقدام من المتعاقدین علی زیادته علی الثمن لداعی وجود هذه الصفة لا فی مقابلها مضافا إلی إطلاق قوله ع فی روایتی حماد و عبد الملک:

أنه له أرش العیب و لا- دلیل علی وجوب کون التدارک بجزء من عین الثمن عدا ما یتراءی من ظاهر التعبیر- فی روایات أرش عن تدارک العیب برد التفاوت إلی المشتری الظاهر

المکاسب، ج۳، ص ۲۷۲

فی کون المردود شیئا کان عنده أولا و هو بعض الثمن لکن التأمل التام یقضی بأن هذا التعبیر وقع بملاحظة أن الغالب وصول الثمن إلی البائع و کونه من النقدین فالرد باعتبار النوع لا الشخص. و من ذلک ظهر أن قوله ع فی روایة ابن سنان: و یوضع عنه من ثمنها بقدر العیب إن کان فیها محمول علی الغالب من کون الثمن کلیا فی ذمة المشتری فإذا اشتغلت ذمة البائع بالأرش حسب المشتری عند أداء الثمن ما فی ذمته علیه ثم علی المختار من عدم تعینه من عین الثمن فالظاهر تعینه من النقدین لأنهما الأصل فی ضمان المضمونات إلا أن یتراضی علی غیرهما من باب الوفاء أو المعاوضة. و استظهر المحقق الثانی من عبارة القواعد و التحریر بل الدروس عدم تعینه منهما حیث حکما فی باب الصرف بأنه لو وجد عیب فی أحد العوضین المتخالفین بعد التفرق جاز أخذ الأرش من غیر النقدین و لم یجز منهما فاستشکل ذلک بأن الحقوق المالیة إنما یرجع فیها النقدین فکیف الحق الثابت باعتبار نقصان فی أحدهما و یمکن رفع هذا الإشکال بأن المضمون بالنقدین هی الأموال المتعینة المستقرة و الثابت هنا لیس مالا فی الذمة و إلا بطل البیع فیما قابله من الصحیح- لعدم وصول عوضه قبل التفرق و إنما هو حق لو أعمله جاز له مطالبة المال فإذا اختار الأرش من غیر النقدین ابتداء و رضی به الآخر فمختاره نفس الأرش لا عوض عنه. نعم للآخر الامتناع منه لعدم تعینه علیه کما أن لذی الخیار مطالبة النقدین فی غیر هذا المقام و إن لم یکن للآخر الامتناع حینئذ. و بالجملة فلیس هنا شیء معین ثابت فی الذمة إلا أن دفع غیر النقدین یتوقف علی رضا ذی الخیار و یکون نفس الأرش بخلاف دفع النقدین فإنه إذا اختیر غیرهما لم یتعین للأرشیة

[هل یعقل استغراق الأرش للثمن]

ثم إنه قد تبین مما ذکرنا فی معنی الأرش أنه لا یکون إلا مقدارا مساویا لبعض الثمن و لا یعقل أن یکون مستغرقا له لأن المعیب إن لم یکن مما یتمول و یبذل فی مقابلة شیء من المال بطل بیعه و إلا فلا بد من أن یبقی له من الثمن قسط. نعم ربما یتصور ذلک فیما إذا حدث قبل القبض أو فی زمان الخیار عیب یستغرق للقیمة مع بقاء الشیء علی صفة التملک بناء علی أن مثل ذلک غیر ملحق

بالتلف فی انفساخ العقد به بل یأخذ المشتری أرش العیب و هو هنا مقدار تمام الثمن لکن عدم إلحاقه بالتلف مشکل بناء علی أن العیب إذا کان مضمونا علی البائع بمقتضی قوله ع: إن حدث فی الحیوان حدث فهو من مال البائع حتی ینقضی خیاره کان هذا العیب کأنه حدث فی ملک البائع و المفروض أنه إذا حدث مثل هذا فی ملک البائع کان بیعه باطلا لعدم کونه متمولا یبذل بإزائه شیء من المال فیجب الحکم بانفساخ العقد إذا حدث مثل هذا بعده مضمونا علی البائع إلا أن یمنع ذلک و أن ضمانه علی البائع بمعنی الحکم بکون درکه علیه فهو بمنزلة الحادث قبل البیع فی هذا الحکم لا مطلقا حتی ینفسخ العقد به و یرجع هذا الملک الموجود غیر المتمول إلی البائع بل لو فرضنا حدوث العیب علی وجه أخرجه عن الملک فلا دلیل علی إلحاقه بالتلف بل تبقی العین غیر المملوکة حقا للمشتری و إن لم یکن ملکا له کالخمر المتخذ للتخلیل و یأخذ الثمن أو مقداره من البائع أرشا لا من باب انفساخ العقد هذا إلا أن العلامة قدس سره فی القواعد و التذکرة و التحریر و محکی النهایة یظهر منه الأرش المستوعب فی العیب المتقدم علی العقد الذی ذکرنا أنه لا یعقل فیه استیعاب الأرش للثمن. قال فی القواعد لو باع العبد الجانی خطاء ضمن أقل الأمرین علی رأی و الأرش علی رأی و صح البیع إن کان موسرا و إلا تخیر المجنی علیه و لو کان عمدا وقف علی إجازة المجنی علیه و یضمن الأقل من الأرش و القیمة لا الثمن معها و للمشتری الفسخ مع الجهل فیرجع بالثمن أو الأرش فإن استوعب الجنایة فالأرش ثمنه أیضا و إلا فقدر الأرش و لا یرجع لو کان عالما و له أن یفدیه کالمالک و لا یرجع به علیه و لو اقتص منه فلا رد و له الأرش و هو نسبة تفاوت ما بین کونه جانیا و غیر جان من الثمن انتهی. و ذکر فی التذکرة هذه العبارة بعینها فی باب العیوب و قال فی أوائل البیع من التذکرة فی مسألة بیع العبد الجانی و لو کان المولی معسرا لم یسقط حق المجنی علیه من الرقبة ما لم یجز البیع أولا فإن البائع إنما یملک نقل حقه عن رقبته بفدائه و لا یحصل من ذمة المعسر فیبقی حق المجنی علیه مقدما علی حق المشتری و یتخیر المشتری الجاهل فی الفسخ و یرجع بالثمن و به قال أحمد و بعض الشافعیة أو مع الاستیعاب لأن أرش مثل هذا جمیع ثمنه و إن لم یستوعب یرجع بقدر أرشه و لو کان عالما بتعلق الحق به فلا رجوع إلی أن قال و إن أوجبت الجنایة قصاصا تخیر المشتری الجاهل بین الأرش و الرد فإن اقتص منه احتمل تعین الأرش و هو قسط قیمة ما بینه جانیا و غیر جان و لا یبطل البیع من أصله لأنه تلف عند المشتری بالعیب الذی کان فیه فلم یوجب الرجوع بجمیع الثمن کالمریض و المرتد. و قال أبو حنیفة و الشافعی یرجع بجمیع ثمنه لأن تلفه لأمر استحق علیه عند البائع فجری مجری إتلافه انتهی و قال فی التحریر فی بیع الجانی خطاء و لو کان السید معسرا لم یسقط حق المجنی علیه عن رقبة العبد و للمشتری الفسخ مع عدم علمه فإن فسخ رجع بالثمن و إن لم یفسخ و استوعبت الجنایة قیمته و انتزعت یرجع المشتری بالثمن أیضا و إن لم تستوعب قیمته رجع بقدر الأرش و لو علم المشتری بتعلق الحق برقبة العبد لم یرجع بشیء و لو اختار المشتری أن یفدیه جاز و رجع به علی البائع مع الإذن و إلا فلا انتهی. قوله و انتزعت إما راجع إلی رقبة العبد أو إلی القیمة إذا باعه المجنی علیه و أخذ قیمته و هذا القید غیر موجود فی باقی عبارات العلامة فی کتبه الثلاثة و کیف کان فالعبد المتعلق برقبته حق للمجنی علیه یستوعب قیمته إما أن تکون له قیمة تبذل بإزائه أولا. و علی الأول فلا بد أن یبقی شیء

من الثمن للبائع بإزائه فلا یرجع بجمیع الثمن علیه و علی الثانی فینبغی بطلان البیع- و لو قیل إن انتزاعه عن ملک المشتری لحق کان علیه عند البائع یوجب غرامته علی البائع کان اللازم من ذلک مع بعده فی نفسه أن یکون الحکم کذلک فیما لو اقتص من الجانی عمدا و قد عرفت من التذکرة و القواعد الحکم بقسط من الثمن فیه. و بالجملة فالمسألة محل تأمل و الله العالم.

مسألة یعرف الأرش بمعرفة قیمتی الصحیح و المعیب- لیعرف التفاوت بینهما

فیؤخذ من البائع بنسبة ذلک التفاوت و إذا لم تکن القیمة معلومة فلا بد

المکاسب، ج۳، ص ۲۷۳

من الرجوع إلى العارف بها و هو قد يخبر عن القيمة المتعارفة المعلومة المضبوطة عند أهل البلد أو أهل الخبرة منهم لهذا المبيع المعين أو لمثله فى الصفات المقصودة كمن يخبر بأن هذه الحنطة أو مثلها يباع فى السوق بكذا و هذا داخل فى الشهادة يعتبر فيها جميع ما يعتبر فى الشهادة على سائر المحسوسات من العدالة و الإخبار عن الحس و التعدد و قد يخبر عن نظره و حدسه من جهة كثرة ممارسته أشباه هذا الشيء و إن لم يتفق اطلاعه على مقدار رغبة الناس فى أمثاله و هذا يحتاج إلى الصفات السابقة و زيادة المعرفة و الخبرة بهذا الجنس و يقال له بهذا الاعتبار أهل الخبرة. و قد يخبر عن قيمته باعتبار خصوصيات فى المبيع يعرفها هذا المخبر مع كون قيمته على تقدير العلم بالخصوصيات واضحة كالصائغ العارف بأصناف الذهب و الفضة من حيث الجودة و الرداءة مع كون قيمة الجيد و الردىء محفوظة عند الناس معروفة بينهم فقوله هذا قيمته كذا يريد به أنه من جنس قيمته كذا و هذا فى الحقيقة لا يدخل فى المقوم و كذا القسم الأول فمرادهم بالمقوم هو الثانى لكن الأظهر عدم التفرقة بين الأقسام من حيث اعتبار شروط القبول و إن احتمل فى غير الأول الاكتفاء بالواحد- إما للزوم الحرج لو اعتبر التعدد و إما لاعتبار الظن فى مثل ذلك مما انسد فيه باب العلم و يلزم من طرح قول العادل الواحد و الأخذ بالأقل لأصالة براءة ذمة البائع تضييع حق المشترى فى أكثر المقامات و إما لعموم ما دل قبول قول العادل خرج منها ما كان من قبيل الشهادة كالقسم الأول دون ما كان من قبيل الفتوى كالثانى لكونه ناشئا عن حدس و اجتهاد و تتبع الأشباه و الأنظار و قياسه عليها حتى أنه يحكم لأجل ذلك بأنه ينبغى أن يبذل بإزائه كذا و كذا و إن لم يوجد راغب يبذل له ذلك ثم لو تعذر معرفة القيمة لفقد أهل الخبرة أو توقفهم ففى كفاية الظن أو الأخذ بالأقل وجهان و يحتمل ضعيفا الأخذ بالأكثر لعدم العلم بتدارك العيب المضمون إلا به.

مسألة لو تعارض المقومون

اشارة

فيحتمل تقديم بينة الأقل للأصل و بينة الأكثر لأنها مثبتة و القرعة لأنها لكل أمر مشتبه و الرجوع إلى الصلح لتشبث كل من المتبايعين بحجة شرعية ظاهرية و المورد غير قابل للحلف لجهل كل منهما بالواقع و تخيير الحاكم لامتناع الجمع و فقد المرجح

[الأقوى وجوب الجمع بين البينات مهما أمكن]

لكن الأقوى من الكل ما عليه المعظم من وجوب الجمع بينهما بقدر الإمكان- لأن كلا منهما حجة شرعية يلزم العمل به فإذا تعذر العمل به فى تمام مضمونه وجب العمل به فى بعضه- فإذا قوم أحدهما بعشرة فقد قوم كلا من نصفه بخمسة و إذا قوم الآخر بثمانية فقد قوم كلا من نصفه بأربعة فيعمل بكل منهما فى نصف المبيع و قولاهما و إن كانا متعارضين فى النصف أيضا كالكل فيلزم بما ذكر طرح كلا القولين فى النصفين- إلا أن طرح قول كل منهما فى النصف مع العمل به فى النصف الآخر أولى فى مقام امتثال أدلة العمل بكل بينة من طرح كليهما أو إحداهما رأسا و هذا معنى قولهم إن الجمع بين الدليلين و العمل بكل منهما و لو من وجه أولى من طرح أحدهما رأسا و لذا جعل فى تمهيد القواعد من فروع هذه القاعدة الحكم بالتنصيف فيما لو تعارضت البينتان فى دار فى يد رجلين يدعيهما كل منهما- بل ما نحن فيه أولى بمراعاة هذه القاعدة من الدليلين المتعارضين فى أحكام الله تعالى لأن الأخذ بأحدهما كلية و ترك الآخر كذلك فى التكاليف الشرعية الإلهية لا ينقص عن التبعيض من حيث مراعاة حق الله سبحانه لرجوع الكل إلى امتثال أمر الله سبحانه بخلاف مقام التكليف بإحقاق حقوق الناس فإن فى التبعيض جمعا بين حقوق الناس و مراعاة للجميع و لو فى الجملة و لعل هذا هو السر فى عدم تخيير الحاكم عند تعارض أسباب حقوق الناس فى شيء من الموارد.

و قد يستشكل ما ذكرنا تارة بعدم التعارض بينهما عند التحقيق لأن مرجع بينة النفى إلى عدم وصول نظرها و حدسها إلى الزيادة فبينه

الإثبات المدعية للزيادة سليمة- و أخرى بأن الجمع فرع عدم اعتضاد إحدى البينتين بمرجح و أصالة البراءة هنا مرجحة للبينة الحاكمة بالأقل- و ثالثة بأن في الجمع مخالفة قطعية- و إن كان فيه موافقة قطعية- لكن التخيير الذي لا يكون فيه إلا مخالفة احتمالية أولى منه. و يندفع الأول بأن المفروض أن بينة النفي تشهد بالقطع على نفي الزيادة واقعا و إن بذل الزائد في مقابل المبيع سفه. و يندفع الثاني بما قررناه في الأصول من أن الأصول الظاهرية لا تصير مرجحة للأدلة الاجتهادية- بل تصلح مرجعا في المسألة لو تساقط الدليلان من جهة ارتفاع ما هو مناط الدلالة فيهما لأجل التعارض كما في الظاهرين المتعارضين كالعامين من وجه المطابق أحدهما للأصل- و ما نحن فيه ليس من هذا القبيل. و الحاصل أن بينة الزيادة تثبت أمرا مخالفا للأصل و معارضتها بالأخرى النافية لها لا يوجب سقوطها بالمرة لفقد المرجح فيجمع بين النفي و الإثبات بالنصفين. و يندفع الثالث بأن ترجيح الموافقة الاحتمالية غير المشتملة على المخالفة القطعية على الموافقة القطعية المشتملة عليها إنما هو في مقام الإطاعة و المعصية الراجعتين إلى الانقياد و التجري حيث إن ترك التجري أولى من تحصيل العلم بالانقياد بخلاف مقام إحقاق حقوق الناس فإن مراعاة الجميع أولى من إهمال أحدهما رأسا و إن اشتمل على إعمال الآخر إذ ليس الحق فيها لواحد معين كما في حقوق الله سبحانه- ثم إن قاعدة الجمع حاكمة على دليل القرعة- لأن المأمور به هو العمل بكل من الدليلين لا- بالواقع المردد بينهما إذ قد يكون كلاهما مخالفا للواقع- فهما سببان مؤثران بحكم الشارع في حقوق الناس فيجب مراعاتها و إعمال أسبابها بقدر الإمكان إذ لا ينفع توفية حق واحد من إهمال حق الآخر رأسا على النهج الذي ذكرنا من التنصيف في المبيع ثم إن المعروف في الجمع بين البينات الجمع بينهما في قيمتي الصحيح فيؤخذ من القيمتين للصحيح نصفهما- و من الثلث ثلثهما و من الأربع ربعهما و هكذا في المعيب ثم يلاحظ النسبة بين المأخوذ للصحيح و بين المأخوذ و يؤخذ بتلك النسبة فإذا كان إحدى قيمتي الصحيح اثنى عشر و الأخرى ستة و إحدى قيمتي المعيب أربعة و الأخرى اثنين أخذ للصحيح تسعة و للمعيب ثلاثة و التفاوت بالثلثين فيكون الأرش ثلثي الثمن- . و يمكن أيضا على وجه التنصيف فيما به التفاوت بين القيمتين بأن تعمل في نصفه

المكاسب، ج۳، ص ۲۷۴

بقول المثبت للزيادة و في نصفه الآخر بقول النافي فإذا قومه إحداهما باثني عشر و الأخرى بثمانية أخذ في نصف الأربعة بقول المثبت و في نصفها الآخر بقول النافي جمعا بين حقي البائع و المشتري لكن الأظهر هو الجمع على النهج الأول و يحتمل الجمع بطريق آخر- و هو أن يرجع إلى البينة في مقدار التفاوت- و يجمع بين البينات فيه من غير ملاحظة القيم- و هذا منسوب إلى الشهيد قدس سره على ما في الروضة- و حاصله قد يتحد مع طريق المشهور كما في المثال المذكور فإن التفاوت بين الصحيح و المعيب على قول كل من البينتين بالثلثين كما ذكرنا في الطريق الأول و قد يختلفان كما إذا كانت إحدى قيمتي الصحيح اثنى عشر و الأخرى ثمانية و قيمة المعيب على الأول عشرة و على الثاني خمسة فعلى الأول يؤخذ نصف مجموع قيمتي الصحيح- أعني العشرة- و نصف قيمتي المعيب و هو سبعة و نصف فالتفاوت بالربع فالأرش ربع الثمن- أعني ثلاثة من اثنى عشر لو فرض الثمن اثنى عشر. و على الثاني يؤخذ التفاوت بين الصحيح و المعيب على إحدى البينتين بالسدس. و على الآخر ثلاثة أثمان و ينصف المجموع- أعني ستة و نصفا من اثنى عشر جزء و يؤخذ نصفه و هو ثلاثة و ربع و قد كان في الأول ثلاثة و قد ينقص عن الأول- كما اتفقا على أن قيمة المعيب ستة و قال إحداهما قيمة الصحيح ثمانية و قال الأخرى عشرة. فعلى الأول يجمع القيمتان و يؤخذ نصفهما تسعة و نسبته إلى الستة بالثلث. و على الثاني يكون التفاوت على إحدى البينتين ربعا- .

و على الأخرى خمسين فيؤخذ نصف الربع و نصف الخمسين فيكون ثمنا و خمسا و هو ناقص عن الثلث بنصف خمس- .

[صور اختلاف المقومين]

اشارة

توضيح هذا المقام أن الاختلاف إما أن يكون في الصحيح فقط مع اتفاقهما على المعيب و إما أن يكون في المعيب فقط و إما أن يكون فيهما

[الاختلاف في الصحيح فقط]

فإن كان في الصحيح فقط كما في المثال الأخير- فالظاهر التفاوت بين الطريقين دائما لأنك قد عرفت أن الملحوظ على طريق المشهور نسبة المعيب إلى مجموع نصفي قيمتي الصحيح- المجعول قيمة منتزعة- و على الطريق الآخر نسبة المعيب إلى كل من القيمتين- المستلزمة لملاحظة أخذ نصفه مع نصف الآخر ليجمع بين البينتين في العمل. و المفروض في هذه الصورة أن نسبة المعيب- إلى مجموع نصفي قيمتي الصحيح التي هي طريقة المشهور مخالفة لنسبة نصفه إلى كل من النصفين لأن نسبة الكل إلى الكل تساوي نسبة نصفه إلى كل من نصفي ذلك الكل و هو الأربعة و النصف في المثال- لا إلى كل من النصفين المركب منهما ذلك الكل- كالأربعة و الخمسة- بل النصف المنسوب إلى أحد بعض المنسوب إليه كالأربعة نسبه مغايرة لنسبته إلى البعض الآخر أعني الخمسة و هكذا غيره من الأمثلة

[الاختلاف في المعيب فقط]

و إن كان الاختلاف في المعيب فقط فالظاهر عدم التفاوت بين الطريقين أبدا لأن نسبة الصحيح إلى نصف مجموع قيمتي المعيب على ما هو طريق المشهور مساوية لنسبة نصفه إلى نصف إحداهما- و نصفه الآخر إلى نصف الأخرى- كما إذا اتفقا على كون الصحيح اثني عشر- و قالت إحداهما المعيب ثمانية و قالت الأخرى ستة فإن تفاوت السبعة و الاثني عشر الذي هو طريق المشهور مساو لنصف مجموع تفاوتي الثمانية مع الاثني عشر و الستة مع الاثني عشر لأن نسبة الأولين بالثلث و الآخرين بالنصف و نصفهما السدس و الربع و هذا بعينه تفاوت السبعة و الاثني عشر

[الاختلاف في الصحيح و المعيب معا]

و إن اختلفا في الصحيح و المعيب فإن اتحدت النسبة بين الصحيح و المعيب على كلتا البينتين فيتحد الطريقان دائما كما إذا قومه إحداهما صحيحا باثني عشر و معيبا بستة و قومه الأخرى صحيحا بستة و معيبا بثلاثة فإن نصف الصحيحين أعني التسعة- تفاوته مع نصف مجموع المعيبين و هو الأربعة و نصف- عين نصف تفاوتي الاثني عشر مع الستة و الستة مع الثلاثة- . و الحاصل أن كل صحيح ضعف المعيب فيلزمه كون نصف الصحيحين ضعف نصف المعيبين- و إن اختلفت النسبة فقد يختلف الطريقان و قد يتحدان. و قد تقدم مثالهما في أول المسألة- ثم إن الأظهر بل المتعين في المقام هو الطريق الثاني المنسوب إلى الشهيد قدس سره وفاقا للمحكي عن إيضاح النافع حيث ذكر أن طريق المشهور ليس بجيد و لم يذكر وجهه و يمكن إرجاع كلام الأكثر إليه كما سيجيء و وجه تعين هذا الطريق أن أخذ القيمة من القيمتين على طريق المشهور أو النسبة المتوسطة من النسبتين على الطريق الثاني- . إما للجمع بين البينتين- بإعمال كل منهما في نصف العين كما ذكرنا- و إما لأجل أن ذلك توسط بينهما- لأجل الجمع بين الحقين- بتنصيف ما به التفاوت نفيا و إثباتا- على النهج الذي ذكرناه أخيرا في الجمع بين البينتين كما يحكم بتنصيف الدرهم الباقي من الدرهمين المملوكين لشخصين إذا ضاع أحدهما المردد بينهما من عند الودعي- و لم تكن هنا بينة تشهد لأحدهما بالاختصاص بل و لا ادعى أحدهما اختصاصه بالدرهم الموجود فعلى الأول فاللازم و إن كان هو جمع نصفي قيمتي الصحيح و المعيب كما فعله المشهور- بأن يجمع الاثنا عشر و الثمانية المفروضتان قيمتين للصحيح في المثال المتقدم- و يؤخذ نصف إحداهما قيمة نصف المبيع صحيحا- و نصف الأخرى قيمة للنصف الآخر منه- و لازم ذلك كون تمامه بعشرة- و يجمع قيمتا المعيب أعني العشرة و الخمسة و يؤخذ لكل

نصف من المبيع المعيوب نصف من أحدهما و لازم ذلک کون تمام المبيع بسبعة و نصف- إلا أنه لا ينبغى ملاحظة نسبة المجموع من نصفى إحدى القيمتين أعنى العشرة- إلى المجموع من نصف الأخرى أعنى سبعة و نصفا كما نسب إلى المشهور- لأنه إذا فرض لكل نصف من المبيع قيمة تغاير قيمة النصف الآخر وجب ملاحظة التفاوت بالنسبة إلى كل من النصفين صحيحا و معيبا و أخذ الأرش لكل نصف على حسب تفاوت صحيحه و معيبه فالعشرة ليست قيمة لمجموع الصحيح إلا باعتبار أن نصفه مقوم بستة و نصفه الآخر بأربعة- و كذا السبعة و النصف ليست قيمة لمجموع المعيب إلا باعتبار أن نصفه مقوم بخمسة و نصفه الآخر باثنين و نصف- فلا وجه ل أخذ تفاوت ما بين مجموع العشرة و السبعة و النصف بل لا بد من أخذ تفاوت ما بين الأربعة- و الاثنين و نصف لنصف منه تفاوت ما بين الستة و الخمسة للنصف الآخر. و توهم أن حكم شراء شيء تغاير قيمتا نصفيه حكم ما لو اشترى بالثمن الواحد مالين معيبين مختلفين فی القيمة صحيحا و معيبا بأن اشترى عبدا و جارية باثنی عشر فظهرا معيبين و العبد يسوى أربعة صحيحا و اثنين و نصف معيبا و الجارية تسوى ستة صحيحة و خمسة معيبة فإنه لا شک فی أن اللازم فی هذه الصورة ملاحظة مجموع قيمتى الصفقة صحيحة و معيبة أعنى العشرة و السبعة و النصف- و أخذ التفاوت و هو الربع من الثمن و هو ثلاثة إذا فرض الثمن اثنى عشر- كما هو طريق المشهور فيما نحن فيه- مدفوع بأن الثمن فی المثال- لما كان موزعا

المكاسب، ج۳، ص ۲۷۵

على العبد و الجارية بحسب قيمتهما- فإذا أخذ المشترى ربع الثمن أرشا فقد أخذ للعبد ثلاثة أثمان قيمته و للجارية سدسها كما هو الطريق المختار لأنه أخذ من مقابل الجارية أعنى سبعة و خمسا سدسه و هو واحد و خمس و من مقابل العبد أعنى أربعة و أربعة أخماس ثلاثة أثمان و هو واحد و أربعة أخماس فالثلاثة التى هى ربع الثمن- منطبق على السدس و ثلاثة أثمان- بخلاف ما نحن فيه فإن المبذول فی مقابل كل من النصفين المختلفين بالقيمة أمر واحد و هو نصف الثمن. فالمناسب لما نحن فيه فرض شراء كل من الجارية و العبد فی المثال المفروض بثمن مساو للآخر بأن اشترى كلا منهما بنصف الاثنى عشر فی عقد واحد أو عقدين فلا يجوز حينئذ أخذ الربع من اثنى عشر بل المتعين حينئذ أن يؤخذ من ستة الجارية سدس- و من ستة العبد اثنان و ربع- فيصير مجموع الأرش ثلاثة و ربعا و هو المأخوذ فی المثال المتقدم على الطريق الثانی. و قد ظهر مما ذكرنا أنه لا فرق بين شهادة البينات بالقيم أو شهادتهم بنفس النسبة بين الصحيح و المعيب و إن لم يذكروا القيم- هذا كله إذا كان مستند المشهور فی أخذ القيمة الوسطى- العمل بكل من البينتين فی جزء من المبيع و أما إذا كان المستند مجرد الجمع بين الحقين على ما ذكرناه أخيرا بأن ينزل القيمة الزائدة و يرتفع الناقصة على حد سواء فالمتعين الطريق الثانی أيضا- سواء شهدت البينتان بالقيمتين- أم شهدتا بنفس النسبة بين الصحيح و المعيب- أما إذا شهدتا بنفس التفاوت فلأنه إذا شهدت إحداهما بأن التفاوت بين الصحيح و المعيب بالسدس و هو الاثنان من اثنى عشر- و شهدت الأخرى بأنه بثلاثة أثمان- و هو الثلاثة من ثمانية- زدنا على السدس ما ينقص من ثلاثة أثمان- و صار كل واحد من التفاوتين بعد التعديل سدسا و نصف سدس- و ثمنه و هو من الثمن المفروض اثنا عشر ثلاثة و ربع كما ذكرنا سابقا و إن شهدت البينتان بالقيمتين فمقتضى الجمع بين حقى البائع و المشترى فی مقام إعطاء الأرش و أخذه- تعديل قيمتى كل من الصحيح و المعيب بالزيادة و النقصان بأخذ قيمة نسبته إلى المعيب- دون نسبة القيمة الزائدة و فوق نسبة الناقصة فيؤخذ من الاثنى عشر و العشرة و من الثمانية و الخمسة قيمتان للصحيح و المعيب- نسبة إحداهما إلى الأخرى يزيد على السدس- بما ينقص من ثلاثة أثمان- فيؤخذ قيمتان يزيد صحيحهما على المعيب بسدس و نصف سدس و ثمن سدس- و من هنا يمكن إرجاع كلام الأكثر إلى الطريق الثانی- بأن يريدوا من أوسط القيم المتعددة للصحيح و المعيب القيمة المتوسطة بين القيم لكل منهما- من حيث نسبتها إلى قيمة الآخر فيكون مرادهم من أخذ قيمتين للصحيح و المعيب- قيمة متوسطة من حيث نسبة إحداهما إلى الأخرى بين أقوال جميع البينات المقومين للصحيح و الفاسد و ليس فی كلام الأكثر أنه يجمع قيم الصحيح و ينتزع منها قيمة و كذلک قيم المعيب- ثم تنسب إحدى القيمتين المنتزعتين إلى الأخرى- . قال فی المقنعة فإن اختلف أهل الخبرة عمل على أوسط القيم و نحوه فی النهاية و فی الشرائع حمل على الأوسط. و

بالجملة فكل من عبر بالأوسط يحتمل أن يريد الوسط من حيث النسبة لا من حيث العدد هذا مع أن المستند فى الجميع هو ما ذكرنا من وجوب العمل بكل من البينتين فى قيمة نصف المبيع. نعم لو لم تكن بينة أصلا لكن علمنا من الخارج- أن قيمة الصحيح إما هذا و إما ذاك و كذلك قيمة المعيب- و لم نقل حينئذ بالقرعة أو الأصل فاللازم الاستناد فى التنصيف إلى الجمع بين الحقين على هذا الوجه. و قد عرفت أن الجمع بتعديل التفاوت لأنه الحق دون خصوص القيمتين المحتملين و الله العالم

القول فى الشروط التى يقع عليها العقد و شروط صحتها و ما يترتب

الشرط يطلق فى العرف على معنيين

أحدهما المعنى الحدثى

و هو بهذا المعنى مصدر شرط فهو شارط للأمر الفلانى و ذلك الأمر مشروط و فلان مشروط له أو عليه. و فى القاموس أنه إلزام الشيء و التزامه فى البيع و غيره و ظاهره كون استعماله فى الإلزام الابتدائى مجازا أو غير صحيح لكن لا إشكال فى صحته لوقوعه فى الأخبار كثيرا مثل قوله ص فى حكاية بيع بريرة: إن قضاء الله أحق و شرطه أوثق و الولاء لمن أعتق. و قول أمير المؤمنين ص: فى الرد على مشترط عدم التزوج بامرأة أخرى فى النكاح إن شرط الله قبل شرطكم و قوله: ما الشرط فى الحيوان قال ثلاثة أيام للمشترى قلت و فى غيره قال هما بالخيار حتى يفترقا و قد أطلق على النذر أو العهد أو الوعد فى بعض أخبار الشرط فى النكاح. و قد اعترف فى الحدائق بأن إطلاق الشرط على البيع كثير فى الأخبار و أما دعوى كونه مجازا فيدفعها مضافا إلى أولوية الاشتراك المعنوى و إلى أن المتبادر من قوله شرط على نفسه كذا ليس إلا مجرد الالتزام استدلال الإمام ع بالنبوى: المؤمنون عند شروطهم فيما تقدم من الخبر الذى أطلق فيه الشرط على النذر أو العهد و مع ذلك فلا حجة فيما فى القاموس مع تفرده به و لعله لم يلتفت إلى الاستعمالات التى ذكرناها و إلا لذكرها و لو بعنوان يشعر بمجازيتها ثم قد يتجوز فى لفظ الشرط بهذا المعنى فيطلق على نفس المشروط كالخلق بمعنى المخلوق فيراد به ما يلزمه الإنسان على نفسه.

الثانى ما يلزم من عدمه العدم

من دون ملاحظة أنه يلزم من وجوده الوجود أولا و هو بهذا المعنى اسم جامد لا مصدر فليس فعلا و لا حدثا و اشتقاق المشروط منه ليس على الأصل كالشارط و لذا ليسا بمتضايفين فى الفعل و الانفعال بل الشارط هو الجاعل و المشروط هو ما جعل له الشرط كالمسبب بالكسر و الفتح المشتقين من السبب فعلم من ذلك أن الشرط فى المعنيين نظير الأمر بمعنى المصدر و بمعنى الشيء
و أما استعماله فى السنة النحاة على الجملة الواقعة عقيب أدوات الشرط فهو اصطلاح خاص مأخوذ من إفادة تلك الجملة لكون مضمونها شرطا بالمعنى الثانى كما أن استعماله فى السنة أهل المعقول و الأصول فيما يلزم من عدمه العدم و لا يلزم من وجوده الوجود مأخوذ من ذلك المعنى إلا أنه أضيف إليه ما ذكر فى اصطلاحهم مقابلا للسبب. فقد تلخص مما ذكرنا أن للشرط معنيين عرفيين و آخرين اصطلاحيين لا يحمل عليهما الإطلاقات العرفية بل هى مرددة بين الأولين فإن قامت قرينة على إرادة المصدر تعين الأول أو على إرادة الجامد تعين الثانى و إلا حصل الإجمال و ظهر أيضا أن المراد بالشرط فى قولهم ص: المؤمنون عند شروطهم هو الشرط باعتبار كونه مصدرا إما مستعملا فى معناه أعنى إلزاما على أنفسهم و إما مستعملا بمعنى ملتزماتهم و إما بمعنى جعل الشيء شرطا بالمعنى الثانى بمعنى التزام عدم شيء عند عدم آخر و سيجيء الكلام فى ذلك. و أما الشرط فى قوله:

المكاسب، ج۳، ص ۲۷۶

ما الشرط فی الحیوان قال ثلاثهٔ أیام للمشتری قلت و أما الشرط فی غیره قال البیعان بالخیار حتی یفترقا و قوله: الشرط فی الحیوان ثلاثهٔ أیام للمشتری اشترط أو لم یشترط فیحتمل أن یراد به ما قرره الشارع و ألزمه علی المتبایعین أو أحدهما من التسلط علی الفسخ فیکون مصدرا بمعنی المفعول فیکون المراد به نفس الخیار المحدود من الشارع و یحتمل أن یراد به الحکم الشرعی المقرر و هو ثبوت الخیار و علی کل تقدیر ففی الإخبار عنه بقوله ثلاثهٔ أیام مسامحهٔ. نعم فی بعض الأخبار فی الحیوان کله شرط ثلاثهٔ أیام و لا یخفی توقفه علی التوجیه

الکلام فی شروط صحهٔ الشرط

اشارهٔ

و هی أمور قد وقع الکلام أو الخلاف فیها

أحدها أن یکون داخلا تحت قدرهٔ المکلف

فیخرج ما لا یقدر العاقد علی تسلیمه إلی صاحبه سواء کان صفهٔ لا یقدر العاقد علی تسلیم العین موصوفا بها مثل صیرورهٔ الزرع سنبلا و کون الأمهٔ و الدابهٔ تحمل فی المستقبل أو تلد کذا أو کان عملا کجعل الزرع سنبلا و البسر تمرا کما مثل به فی القواعد لکن الظاهر أن المراد به جعل الله الزرع و البسر سنبلا و تمرا و الغرض الاحتراز عن اشتراط فعل غیر العاقد مما لا یکون تحت قدرته کأفعال الله سبحانه لا- عن اشتراط حدوث فعل محال من المشروط علیه لأن الإلزام و الالتزام بمباشرهٔ فعل ممتنع عقلا أو عادهٔ مما لا یرتکبه العقلاء و الاحتراز عن مثل الجمع بین الضدین أو الطیران فی الهواء مما لا یرتکبه العقلاء و الإتیان بالقید المخرج لذلک و الحکم علیه بعدم الجواز و الصحهٔ بعید عن شأن الفقهاء و لذا لم یتعرضوا لمثل ذلک فی باب الإجارهٔ و الجعالهٔ مع أن اشتراط کون الفعل سائغا یغنی عن اشتراط القدرهٔ. نعم اشتراط تحقق فعل الغیر الخارج عن اختیار المتعاقدین المحتمل وقوعه فی المستقبل و ارتباط العقد به بحیث یکون التراضی منوطا به و واقعا علیه أمر صحیح عند العقلاء مطلوب لهم بل أولی بالاشتراط من الوصف الحالی غیر المعلوم تحققه ککون العبد کاتبا و الحیوان حاملا و الغرض الاحتراز عن ذلک و یدل علی ما ذکرنا تعبیر أکثرهم ببلوغ الزرع و البسر سنبلا و تمرا أو لصیرورتهما کذلک و تمثیلهم لغیر المقدور بانعقاد الثمرهٔ و إیناعها و حمل الدابهٔ فی ما بعد و وضع الحامل فی وقت کذا و غیر ذلک. و قال فی القواعد- یجوز اشتراط ما یدخل تحت القدرهٔ من منافع البائع دون غیره کجعل الزرع سنبلا و البسر تمرا قال الشهید رحمه الله فی محکی حواشیه علی القواعد إن المراد جعل الله الزرع سنبلا و البسر تمرا لأنا إنما نفرض فیما یجوز أن یتوهمه عاقل لامتناع ذلک من غیر الإله جلت عظمته انتهی لکن قال فی الشرائع و لا یجوز اشتراط ما لا یدخل فی مقدوره کبیع الزرع علی أن یجعله سنبلا و الرطب علی أن یجعله تمرا انتهی. و نحوها عبارهٔ التذکرهٔ لکن لا- بد من إرجاعها إلی ما ذکر إذ لا یتصور القصد من العاقل إلی الإلزام و الالتزام بهذا الممتنع العقلی اللهم إلا- أن یراد إعمال مقدمات الجعل علی وجه توصل إلیه مع التزام الإیصال فأسند إلی نفسه بهذا الاعتبار فافهم. و کیف کان فالوجه فی اشتراط الشرط المذکور مضافا إلی عدم الخلاف فیه- عدم القدرهٔ علی تسلیمه بل و لا- علی تسلیم المبیع إذا أخذ متصفا به لأن تحقق مثل هذا الشرط بضرب من الاتفاق و لا یناط بإرادهٔ المشروط علیه فیلزم الغرر فی العقد لارتباطه بما لا وثوق بتحققه و لذا نفی الخلاف فی الغنیهٔ عن بطلان العقد باشتراط هذا الشرط استنادا علی عدم القدرهٔ علی تسلیم المبیع کما یظهر بالتأمل فی آخر کلامه فی هذه المسألهٔ و لا ینقض ما ذکرنا بما لو اشترط وصفا

حاليا لا- يعلم تحققه في المبيع كاشتراط كونه كاتبا بالفعل أو حاملا للفرق بينهما بعد الإجماع بأن التزام وجود الصفة في الحال بناء على وجود الوصف الحالي و لو لم يعلما به فاشتراط كتابة العبد المعين الخارجي بمنزلة توصيفه بها و بهذا المقدار يرتفع الغرر بخلاف ما سيتحقق في المستقبل فإن الارتباط به لا يدل على البناء على تحققه. و قد صرح العلامة فيما حكى عنه ببطلان اشتراط أن تكون الأمة تحمل في المستقبل لأنه غرر عرفا خلافا للمحكي عن الشيخ و القاضي فحكما بلزوم العقد مع تحقق الحمل و بجواز الفسخ إذا لم يتحقق و ظاهرهما كما استفاده في الدروس تزلزل العقد باشتراط مجهول التحقق فيتحقق الخلاف في مسألة اعتبار القدرة في صحة الشرط. و يمكن توجيه كلام الشيخ بإرجاع اشتراط الحمل في المستقبل إلى اشتراط صفة حالية موجبة للحمل فعدمه كاشف عن فقدها و هذا الشرط و إن كان للتأمل في صحته مجال إلا أن إرادة هذا المعنى يخرج اعتبار كون الشرط مما يدخل تحت القدرة عن الخلاف ثم إن عدم القدرة على الشرط تارة لعدم مدخليته فيه أصلا كاشتراط أن الحامل تضع في شهر كذا و أخرى لعدم استقلاله فيه كاشتراط بيع المبيع من زيد فإن المقدور هو الإيجاب فقط لا العقد المركب فإن أراد اشتراط المركب فالظاهر دخوله في اشتراط غير المقدور إلا أن العلامة قدس سره في التذكرة بعد جزمه بصحة اشتراط بيعه على زيد قال لو اشترط بيعه على زيد فامتنع زيد من شرائه احتمل ثبوت الخيار بين الفسخ و الإمضاء و العدم إذ تقديره بعه على

زيد إن اشتراه انتهى و لا- أعرف وجها للاحتمال الأول إذ على تقدير إرادة اشتراط الإيجاب فقط قد حصل الشرط و على تقدير اشتراط المجموع المركب ينبغي البطلان إلا- أن يحمل على صورة الوثوق بالاشتراء فالاشتراط النتيجة بناء على حصولها بمجرد الإيجاب فاتفاق امتناعه من الشراء بمنزلة تعذر الشرط و عليه يحمل قوله في التذكرة و لو اشترط على البائع إقامة كفيل على العهدة فلم يوجد أو امتنع المعين ثبت للمشتري الخيار انتهى.

و من أفراد غير المقدور ما لو شرط حصول غاية متوقفة شرعا على سبب خاص بحيث يعلم من الشرع عدم حصولها بنفس الاشتراط كاشتراط كون امرأة مزوجة أو الزوجة مطلقة من غير أن يراد من ذلك إيجاد الأسباب أما لو أراد إيجاد الأسباب أو كان الشرط مما يكفي في تحققه نفس الاشتراط فلا إشكال و لو شك في حصوله بنفس الاشتراط كملكية عين خاصة فسيأتي الكلام فيه في حكم الشرط.

الثاني أن يكون الشرط سائغا في نفسه

فلا يجوز اشتراط جعل العنب خمرا و نحوه من المحرمات لعدم نفوذ الالتزام بالمحرم و يدل عليه ما سيجيء من قوله: المؤمنون عند شروطهم إلا شرطا أحل حراما أو حرم حلالا فإن الشرط إذا كان محرما

المكاسب، ج۳، ص ۲۷۷

كان اشتراطه و الالتزام به إحلالا للحرام و هذا واضح لا إشكال فيه.

الثالث أن يكون مما فيه غرض معتد به عند العقلاء نوعا- أو بالنظر إلى خصوص المشروطة له.

و مثل له في الدروس باشتراط جهل العبد بالعبادات و قد صرح جماعة بأن اشتراط الكيل أو الوزن بمكيال معين أو ميزان معين من أفراد المتعارف لغو سواء في السلم و غيره. و في التذكرة لو شرط ما لا غرض للعقلاء فيه و لا يزيد به المالية فإنه لغو لا يوجب الخيار و الوجه في ذلك أن مثل ذلك لا يعد حقا للمشروط له حتى يتضرر بتعذره فيثبت له الخيار أو يعتني به الشارع فيوجب الوفاء به و يكون تركه ظلما فهو نظير عدم إمضاء الشارع لبذل المال على ما فيه منفعة لا يعتد بها عند العقلاء و لو شك في تعلق غرض صحيح

به حمل علیه- و من هنا اختار فی التـذکرة صـحة اشتراط أن لا یأکل إلا الهریسة و لا یلبس إلا الخز و لو اشترط کون العبد کافرا ففی صحته أو لغویته قولان للشیخ و الحلی من تعلق الغرض المعتد به لجواز بیعه علی المسلم و الکافر و لاستغراق أوقاته بالخدمة و من أن الإسلام یعلو و لا یعلی علیه و الأغراض الدنیویة لا تعارض الأخرویة و جزم بذلک فی الدروس و بما قبله العلامة قدس سره.

الرابع أن لا یکون مخالفا للکتاب و السنة

اشارة

فلو اشترط رقیـة حر أو توریث أجنبی کان فاسدا لأن مخالفة الکتاب و السـنة لا یسوغهما شـیء. نعم قد یقوم احتمال تخصـیص عموم الکتـاب و السـنة بأدلـة الوفاء بل قـد جوز بعض تخصـیص عموم ما دل علی عـدم جواز الشـرط المخالف للکتاب و السـنة لکنه مما لا یرتاب فی ضعفه. و تفصیل الکلام فی هذا المقام و بیان معنی مخالفة الشرط للکتاب و السنة موقوف علی ذکر

الأخبار الواردة فی هذا الشرط

ثم التعرض لمعناها فنقول إن الأخبار فی هـذا المعنی مسـتفیضة بل متواترة معنی. ففی النبوی المروی صـحیحا عن أبی عبـد الله ع: من اشترط شـرطا سوی کتاب الله عز و جل فلا یجوز ذلک له و لا علیه و المـذکور فی کلام الشـیخ و العلامة رحمه الله المروی من طریق العامـة قوله ص فی حکایـة بریرة لما اشترتها عائشة و شـرط موالیها علیها ولاءها ما بال أقوام یشترطون شـروطا لیست فی کتاب الله فما کـان من شـرط لیس فی کتـاب الله عز و جـل فهو باطـل قضـاء الله أحق و شـرطه أوثق و الولاء لمن أعتق و فی المروی موثقا عن أمیر المؤمنین ع: من شرط لامرأته شرطا فلیف به لها فإن المسلمین عند شروطهم إلا شرطا حرم حلالا أو أحل حراما و فی صحیحة الحلبی: کل شـرط خالف کتاب الله فهو مردود و فی صـحیحة ابن سـنان: من اشترط شـرطا مخالفا لکتاب الله عز و جل فلا یجوز له و لا یجوز علی الذی اشترط علیه و المسـلمون عند شـروطهم فیما وافق کتاب الله و فی صـحیحته الأخری: المؤمنون عند شـروطهم إلا کل شـرط خـالف کتـاب الله عز و جل فلا یجوز و فی روایـة محمـد بن قیس عن أبی جعفر ع: فی من تزوج امرأة و أصـدقها و اشترطت علیه أن بیدها الجماع و الطلاق قال خالفت السـنة و ولیت حقا لیست أهلا له فقضـی أن علیه الصداق و بیده الجماع و الطلاق و ذلک السـنة و فی معناهـا مرسـلة ابن بکیر عن أبی عبـد الله ع و مرسـلة مروان بن مسـلم إلا أن فیهما عـدم جواز هـذا النکاح. و فی روایـة إبراهیم بن محرز قال قلت لأبی عبد الله ع رجل قال لامرأته أمرک بیدک فقال ع: إنی یکون هذا و قد قال الله تعالی الرِّجالُ قَوَّامُونَ عَلَی النِّساءِ و عن تفسیر العیاشـی عن ابن مسـلم عن أبی جعفر ع قـال: قضـی أمیر المؤمنین ع فی امرأة تزوجها رجل و شـرط علیها و علی أهلها أن تزوج علیها أو هجرها أو أتی علیها سـریة فهی طالق فقال ع شرط الله قبل شرطکم إن شاء وفی بشرطه و إن شاء أمسک امرأته و تزوج علیهـا و تسری و هجرهـا إن أتت بسـبب ذلک قال الله تعالی فَانْکِحُوا ما طابَ لَکُمْ مِنَ النِّساءِ مَثْنی وَ ثُلاثَ و قال أحل لکم ما ملکت أیمانکم وَ اللَّاتِی تَخافُونَ نُشُوزَهُنَّ الآیة

[المراد بکتاب الله]

ثم الظـاهر أن المراد بکتـاب الله هو مـا کتب الله علی عبـاده من أحکام الـدین و أن بینه علی لسان رسوله ص فاشتراط ولاء المملوک لبائعه إنما جعل فی النبوی مخالفا لکتاب الله بهذا المعنی لکن ظاهر النبوی و إحدی صحیحتی ابن سنان- اشتراط موافقة کتاب الله فی صحة الشرط و أن ما لیس فیه أو لا یوافقه فهو باطل

[المراد بموافقة الكتاب فی بعض الأخبار]

و لا- يبعد أن يراد بالموافقة عدم المخالفة نظرا إلى موافقة ما لم يخالف كتاب الله بالخصوص لعموماته المرخصة للتصرفات غير المحرمة فی النفس و المال فخياطة ثوب البائع مثلا موافق للكتاب بهذا المعنی

[المتصف بمخالفة الكتاب إما الملتزم أو نفس الالتزام]

ثم إن المتصف بمخالفة الكتاب- إما نفس المشروط و الملتزم ككون الأجنبی وارثا و عكسه و كون الحر أو ولده رقا و ثبوت الولاء لغير المعتق و نحو ذلك و إما أن يكون التزامه مثلا- مجرد عدم التسری و التزوج على المرأة ليس مخالفا للكتاب و إنما المخالف الالتزام به فإنه مخالف لإباحة التسری و التزوج الثابتة بالكتاب و قد يقال إن التزام ترك المباح لا ينافی إباحته فاشتراط ترك التزوج و التسری لا ينافی الكتاب فينحصر المراد فی المعنی الأول. و فيه أن ما ذكر لا يوجب الانحصار فإن التزام ترك المباح و إن لم يخالف الكتاب المبيح له إلا أن التزام فعل الحرام يخالف الكتاب المحرم له فيكفی هذا مصداقا لهذا المعنی مع أن الرواية المتقدمة الدالة على كون اشتراط ترك التزوج و التسری مخالفا للكتاب مستشهدا عليه بما دل من الكتاب على إباحتهما كالصريحة فی هذا المعنی و ما سيجیء من تأويل الرواية بعيد مع أن قوله ع فی رواية إسحاق بن عمار: المؤمنون عند شروطهم إلا شرطا حرم حلالا أو أحل حراما ظاهر بل صريح فی فعل الشارط فإنه الذی يرخص باشتراطه الحرام الشرعی و يمنع باشتراطه عن المباح الشرعی إذ المراد من التحريم و إلا حلال ما هو من فعل الشارط لا الشارع و أصرح من ذلك كله المرسل المروی فی الغنية: الشرط جائز بين المسلمين ما لم يمنع منه كتاب أو سنة

[المراد بحكم الكتاب و السنة]

ثم إن المراد بحكم الكتاب و السنة الذی يعتبر عدم مخالفة المشروط أو نفس الاشتراط له هو ما ثبت على وجه لا يقبل تغيره بالشرط لأجل تغير موضوعه بسبب الاشتراط.

[انقسام الحكم الشرعی إلی قسمين]

[ما يثبت للشیء من حيث نفسه]

و توضيح ذلك أن حكم الموضوع قد يثبت له من حيث نفسه و مجردا من ملاحظة عنوان آخر طار عليه و لازم ذلك من عدم التنافی بين ثبوت هذا الحكم و بين ثبوت حكم آخر له إذا فرض عروض عنوان آخر لذلك الموضوع و مثال ذلك أغلب المباحات و المستحبات و المكروهات بل جميعها حيث إن تجويز الفعل و الترك إنما هو من حيث ذات الفعل فلا ينافی طرو عنوان يوجب المنع عن

المكاسب، ج۳، ص ۲۷۸

الفعل أو الترك كأكل اللحم فإن الشرع قد دل على إباحته فی نفسه بحيث لا- ينافی عروض التحريم له إذا حلف على تركه أوامر الوالد بتركه أو عروض الوجوب له إذا صار مقدمة لواجب أو نذر فعله مع انعقاده

[ما يثبت له لا مع تجرده عن ملاحظة العنوانات الطارئة]

و قد يثبت له لا مع تجرده عن ملاحظة العنوانات الخارجة الطارية عليه و لازم ذلك حصول التنافی بين ثبوت هذا الحكم و بين ثبوت

حكم آخر له و هـذا نظير أغلب المحرمات و الواجبات فإن الحكم بالمنع عن الفعل أو الترك مطلق لا مقيد بحيثية تجرد الموضوع إلا عن بعض العنوانات كالضـرر و الحرج فإذا فرض ورود حكم آخر من غير جهـة الحرج و الضـرر فلا بـد من وقوع التعارض بين دليلى الحكمين فيعمل بالراجح بنفسه أو بالخارج

[القسم الأول من الشروط ليس مخالفا للكتاب]

إذا عرفت هـذا فنقول الشـرط إذا ورد على ما كان من قبيل الأول لم يكن الالتزام بذلك مخالفا للكتاب إذا المفروض أنه لا تنافى بين حكم ذلك الشيء فى الكتاب و السنة و بين دليل الالتزام بالشرط و وجوب الوفاء به و إذا ورد على ما كان من قبيل الثانى كان التزامه مخالفا للكتاب و السنة

[ظاهر مورد بعض الأخبار من قبيل الأول و توجيهه]

اشارة

و لكن ظـاهر مورد بعض الأخبـار المتقدمـة من قبيل الأول كترك التزوج و ترك التسـرى فإنهما مباحان من حيث أنفسـهما فلا ينافى ذلك لزومهما بواسطة العنوانات الخارجة كالحلف و الشرط و أمر السيد و الوالد و حينئذ فيجب إما جعل ذلك الخبر كاشفا عن كون ترك الفعلين فى نظر الشارع من الجائز الـذى لا يقبل اللزوم بالشـرط و إن كان فى أنظارنا نظير ترك أكل اللحم و التمر و غيرهما من المباحات القابلـة لطرو عنوان التحريم لكن يبعـده استشـهاد الإمام لبطلان تلك الشـروط بإباحة ذلك فى القرآن و هو فى معنى إعطاء الضابطـة لبطلاـن الشـروط. و أمـا الحمـل على أن هـذه الأفعال مما لا يجوز تعلق وقوع الطلاق عليها و أنها لا توجب الطلاق كما فعله الشـارط فالمخـالف للكتـاب هو ترتب طلاـق المرأة إذ الكتـاب دال على إباحتها و أنها مما لا يترتب عليه حرج و لو من حيث خروج المرأة بها عن زوجية الرجل. و يشهد لهذا الحمل و إن بعد بعض الأخبار الظاهرة فى وجوب الوفاء بمثل هذا الالتزام مثل رواية منصور بن يونس قال: قلت لأبى الحسن ع إن شريكا لى كان تحته امرأة فطلقها فبانت منه فأراد مراجعتها فقالت له المرأة لا و الله لا أتزوجك أبدا حتى يجعل الله لى عليك أن لا تطلقنى و لا تتزوج على قال و قد فعل قلت نعم جعلنى الله فداك قال بئسـما صنع ما كان يدرى ما يقع فى قلبه بالليـل و النهـار ثم قال أما الآن فقل له فليتم للمرأة شـرطها فإن رسول الله ص قال المسـلمون عنـد شـروطهم فيمكن حمل رواية محمد بن قيس على إرادة عدم سببيته للطلاق بحكم الشرط فتأمل.

ثم إنه لا إشـكال فيما ذكرنا من انقسام الحكم الشـرعى إلى القسمين المذكورين و أن المخالف للكتاب هو الشرط الوارد على القسم الثانى لا الأول

منها كون من أحد أبويه حر رقا

فإن ما دل على أنه لا يملك ولـد حر قابل لأن يراد به عـدم رقيـة ولـد الحر بنفسه بمعنى أن الولـد ينعقد لو خلى و طبعه تابعا لأشـرف الأبوين فلا ينافى جعله رقا بالشـرط فى ضمن عقد و أن يراد به أن ولد الحر لا يمكن أن يصير فى الشريعة رقا فاشتراطه اشتراط لما هو مخالف للكتاب و السنة الدالين على هذا الحكم.

و منها إرث المتمتع بها هل هو قابل للاشتراط فى ضمن عقد المتعة أو عقد آخر أم لا

فإن الظاهر الاتفاق على عـدم مشـروعية اشتراطه فى ضـمن عقد آخر و عدم مشـروعية اشتراط إرث أجنبى آخر فى ضـمن عقد مطلقا فيشـكل الفرق حينئـذ بين أفراد غير الوارث و بين أفراد العقود و جعل ما حكموا بجوازه مطلقا مطابقا للكتاب و ما منعوا عنه مخالفا إلا

أن يدعى أن هذا الاشتراط مخالف للكتاب إلا فى هذا المورد أو أن الشرط المخالف للكتاب ممنوع إلا فى هذا المورد و لكن عرفت وهن الثانى و الأول يحتاج إلى تأمل.

و منها أنهم اتفقوا على جواز اشتراط الضمان فى العارية

و اشتهر عدم جوازه فى عقد الإجارة فيشكل أن مقتضى أدلة عدم ضمان الأمين عدم ضمانه فى نفسه من غير إقدام عليه بحيث لا ينافى إقدامه على الضمان من أول الأمر أو عدم مشروعية ضمانه و تضمينه و لو بالأسباب كالشرط فى ضمن عقد تلك الأمانة أو غير ذلک

و منها اشتراط أن لا يخرج بالزوجة إلى بلد آخر

فإنهم اختلفوا فى جوازه و الأشهر على الجواز و جماعة على المنع من جهة مخالفته للشرع من حيث وجوب إطاعة الزوج و كون مسكن الزوجة و منزلها باختياره و أورد عليهم بعض المجوزين بأن هذا جار فى جميع الشروط السائغة من حيث إن الشرط ملزم لما ليس بلازم فعلا أو تركا.

و بالجملة فموارد الإشكال فى تميز الحكم الشرعى القابل لتغيره بالشرط بسبب تغير عنوانه عن غير القابل كثيرة يظهر للمتتبع فينبغى للمجتهد ملاحظة الكتاب و السنة الدالين على الحكم الذى يراد تغيره بالشرط و التأمل فيه حتى يحصل له التميز و يعرف أن المشروط من قبيل ثبوت الولاء لغير المعتق المنافى لقوله ص: الولاء لمن أعتق أو من قبيل ثبوت الخيار للمتبائعين غير المنافى لقوله ع: إذا افترقا وجب البيع أو عدمه لهما فى المجلس مع قوله ع: البيعان بالخيار ما لم يفترقا إلى غير ذلک من الموارد المتشابهة صورة المخالفة حكما

[الأصل عدم المخالفة عند عدم التميز]

فإن لم يحصل له بنى على أصالة عدم المخالفة فيرجع إلى عموم: المؤمنون عند شروطهم و الخارج عن هذا العموم و إن كان هو المخالف واقعا للكتاب و السنة لا ما علم مخالفته إلا أن البناء على أصالة عدم المخالفة يكفى فى إحراز عدمها واقعا كما فى سائر مجارى الأصول و مرجع هذا الأصول إلى أصالة عدم ثبوت هذا الحكم على وجه لا يقبل تغيره بالشرط مثلا نقول إن الأصل عدم ثبوت هذا الحكم بتسلط الزوج على الزوجة من حيث المسكن لا من حيث هو لو خلى و طبعه و لم يثبت فى صورة إلزام الزوج على نفسه بعض خصوصيات المسكن لكن هذا الأصل إنما ينفع بعد عدم ظهور الدليل الدال على الحكم فى إطلاقه بحيث يشمل صورة الاشتراط كما فى أكثر الأدلة المتضمنة للأحكام المتضمنة للرخصة و التسليط فإن الظاهر سوقها فى مقام بيان حكم الشيء من حيث هو الذى لا ينافى طرو خلافه لملزم شرعى كالنذر و شبهه من حقوق الله و الشرط و شبهه من حقوق الناس أما ما كان ظاهره العموم كقوله: لا يملك ولد حر فلا مجرى فيه لهذا الأصل. ثم إن بعض مشايخنا المعاصرين بعد ما خص الشرط المخالف للكتاب الممنوع عنه فى الأخبار بما كان الحكم المشروط مخالفا للكتاب و أن التزام فعل المباح أو الحرام أو ترک المباح أو الواجب خارج عن مدلول تلک الأخبار ذكر أن المتعين

المكاسب، ج۳، ص ۲۷۹

فى هذه الموارد ملاحظة التعارض بين ما دل على حكم ذلک الفعل و ما دل على وجوب الوفاء بالشرط و يرجع إلى المرجحات و ذكر أن المرجح فى مثل اشتراط شرب الخمر هو الإجماع قال و ما لم يكن فيه مرجح يعمل فيه بالقواعد و الأصول. و فيه من الضعف ما لا يخفى مع أن اللازم على ذلک الحكم بعدم لزوم الشرط بل عدم صحته فى جميع موارد عدم الترجيح لأن الشرط إن كان فعلا

يجوز تركه كان اللازم مع تعارض أدلة وجوب الوفاء بالشرط و أدلة جواز ترك ذلك الفعل مع فقد المرجح الرجوع إلى أصالة عدم وجوب الوفاء بالشرط فلا يلزم بل لا يصح و إن كان فعل محرم أو ترك واجب لزم الرجوع إلى أصالة بقاء الوجوب و التحريم الثابتين قبل الاشتراط.

فالتحقيق ما ذكرنا من أن من الأحكام المذكورة فی الكتاب و السنة ما يقبل التغيير بالشرط لتغيير عنوانه كأكثر ما ترخص فی فعله و تركه و منها ما لا يقبله كالتحريم و كثير من موارد الوجوب

و أدلة الشروط حاكمة على القسم الأول دون الثانی

فإن اشتراطه مخالف لكتاب الله كما عرفت و عرفت حكم صورة الشك و قد تفطن قدس سره لما ذكرنا فی حكم القسم الثانی و أن الشرط فيه مخالف للكتاب بعض التفطن بحيث كاد أن يرجع عما ذكره أولا من التعارض بين أدلة وجوب الوفاء بالشرط و أدلة حرمة شرب الخمر فقال و لو جعل هذا الشرط من أقسام الشرط المخالف للكتاب و السنة كما يطلق عليه عرفا لم يكن بعيدا انتهى.

[المراد من تحريم الحلال و تحليل الحرام]

و مما ذكرنا من انقسام الأحكام الشرعية المدلول عليها فی الكتاب و السنة على قسمين يظهر لك معنى قوله ع فی رواية إسحاق بن عمار المتقدمة: المؤمنون عند شروطهم إلا شرطا حرم حلالا أو أحل حراما فإن المراد بالحلال و الحرام فيها ما كان كذلك بظاهر دليله حتى مع الاشتراط نظير شرب الخمر و عمل الخشب صنما أو صورة حيوان و نظير مجامعة الزوج التی دل بعض الأخبار السابقة على عدم ارتفاع حكمها أعنی الإباحة متى أراد الزوج باشتراط كونها بيد المرأة و نظير التزوج و التسری و الهجر حيث دل بعض تلك الأخبار على عدم ارتفاع إباحتها باشتراط تركها معللا بورود الكتاب العزيز بإباحتها. أما ما كان حلالا لو خلی و طبعه بحيث لا ينافی حرمته أو وجوبه بملاحظة طرو عنوان خارجی عليه أو كان حراما كذلك فلا يلزم من اشتراط فعله أو تركه إلا تغير عنوان الحلال و الحرام الموجب لتغير الحل و الحرمة فلا يكون حينئذ تحريم حلال و لا تحليل حرام أ لا ترى أنه لو نهی السيد عبده أو الوالد ولده عن فعل مباح أعنی مطالبة ماله فی ذمة غريمه أو حلف الملك على تركه لم يكن الحكم بحرمته شرعا من حيث طرو عنوان معصية السيد و الوالد و عنوان حنث اليمين عليه تحريما لحلال فكذلك ترك ذلك الفعل فی ضمن عقد يجب الوفاء به و كذلك امتناع الزوجة عن الخروج مع زوجها إلى بلد آخر محرم فی نفسه و كذلك امتناعها من المجامعة و لا ينافی ذلك حليتهما باشتراط عدم إخراجها عن بلدها أو باشتراط عدم مجامعتها كما فی بعض النصوص. و بالجملة فتحريم الحلال و تحليل الحرام إنما يلزم مع معارضة أدلة الوفاء بالشرط لأدلة أصل الحكم حتى يستلزم وجوب الوفاء مخالفة ذلك و طرح دليله أما إذا كان دليل ذلك الحكم لا يفيد إلا ثبوته لو خلی الموضوع و طبعه فإنه لا يعارضه ما دل على ثبوت ضد ذلك الحكم إذا طرأ على الموضوع عنوان آخر لم يثبت ذلك الحكم له إلا مجردا عن ذلك العنوان

ثم إنه يشكل الأمر فی استثناء الشرط المحرم للحلال

اشارة

على ما ذكرنا فی معنى الرواية بأن أدلة حلية أغلب المحللات بل كلها إنما تدل على حليتها فی أنفسها لو خليت و أنفسها فلا تنافی حرمتها من أجل الشرط كما قد تحرم من أجل النذر و أخويه و من جهة إطاعة الوالد و السيد و من جهة صيرورتها علة للمحرم و غير ذلك من العناوين الطارئة لها. نعم لو دل دليل حل شیء على الحلية المطلقة نظير دلالة أدلة المحرمات بحيث لا يقبل طرو عنوان مغير عليه أصلا أو خصوص الشرط من بين العناوين أو دل الدليل من الخارج على كون ذلك الحلال كذلك كما دل بعض الأخبار

بالنسبة إلى بعض الأفعال کالتسری و التزوج و ترک الجماع من دون إرادة الزوجة کان مقتضاه فساد اشتراط خلافه لکن دلالة نفس دلیل الحلیة علی ذلک لم توجد فی مورد و الوقوف مع الدلیل الخارج الدال علی فساد الاشتراط یخرج الروایة عن سوقها لبیان ضابطة الشروط عند الشک إذ مورد الشک حینئذ محکوم بصحة الاشتراط و مورد ورود الدلیل علی عدم تغیر حل الفعل باشتراط ترکه مستغن عن الضابطة مع أن الإمام علل فساد الشرط فی هذه الموارد بکونه محرما للحلال کما عرفت فی الروایة التی تقدمت فی عدم صحة اشتراط عدم التزوج و التسری معللا بکونه مخالفا للکتاب الدال علی إباحتها.

[عدم ورود الإشکال فی الشرط المحلل للحرام]

نعم لا یرد هذا الإشکال فی طرف تحلیل الحرام لأن أدلة المحرمات قد علم دلالتها علی التحریم علی وجه لا یتغیر بعنوان الشرط و النذر و شبههما بل نفس استثناء الشرط المحلل للحرام عما یجب الوفاء به دلیل علی إرادة الحرام فی نفسه لو لا الشرط و لیس کذلک فی طرف المحرم للحلال فإنا قد علمنا أن لیس المراد الحلال لو لا الشرط لأن تحریم المباحات لأجل الشرط فوق حد الإحصاء بل اشتراط کل شرط عدا فعل الواجبات و ترک المحرمات مستلزم لتحریم الحلال فعلا أو ترکا

[توهم اختصاص الإشکال بما دل علی الإباحة التکلیفیة]

و ربما یتخیل أن هذا الإشکال مختص بما دل علی الإباحة التکلیفیة کقوله تحل کذا و تباح کذا أما الحلیة التی تضمنها الأحکام الوضعیة کالحکم بثبوت الزوجیة أو الملکیة أو الرقیة أو أضدادها فهی أحکام لا تتغیر لعنوان أصلا فإن الانتفاع بالملک فی الجملة و الاستمتاع بالزوجة و النظر إلی أمها و بنتها من المباحات التی لا تقبل التغیر و لذا ذکر فی مثال الصلح المحرم للحلال أن لا ینتفع بماله أو لا یطأ جاریته. و بعبارة أخری ترتب آثار الملکیة علی الملک فی الجملة و آثار الزوجیة علی الزوج کذلک من المباحات التی لا تتغیر عن إباحتها و إن کان ترتب بعض الآثار قابلا لتغیر حکمه إلی التحریم کالسکنی فیما لو اشترط إسکان البائع فیه مدة و إسکان الزوجة فی بلد اشترط أن لا یخرج إلیه أو وطئها مع اشتراط عدم وطئها أصلا کما هو المنصوص و لکن الإنصاف أنه کلام غیر منضبط فإنه کما جاز تغیر إباحة بعض الانتفاعات کالوطئ فی النکاح و السکنی فی البیع إلی التحریم لأجل الشرط کذلک یجوز تغیر إباحة سائرها إلی الحرمة فلیس الحکم بعدم تغیر إباحة مطلق التصرف فی الملک و الاستمتاع بالزوجة لأجل الشرط إلا للإجماع أو لمجرد الاستبعاد و الثانی غیر معتد به و الأول یوجب ما تقدم من عدم الفائدة

المکاسب، ج۳، ص ۲۸۰

فی بیان هذه الضابطة مع أن هذا العنوان أعنی تحریم الحلال و تحلیل الحرام إنما وقع مستثنی فی أدلة انعقاد الیمین و ورد أنه لا یمین فی تحلیل الحرام و تحریم الحلال و قد ورد بطلان الحلف علی ترک شرب العصیر المباح دائما معللا بأنه لیس لک أن تحرم ما أحل الله و من المعلوم أن إباحة العصیر لم یثبت من الأحکام الوضعیة بل هی من الأحکام التکلیفیة الابتدائیة. و بالجملة فالفرق بین التزوج و التسری اللذین ورد عدم جواز اشتراط ترکهما معللا بأنه خلاف الکتاب الدال علی إباحتهما و بین ترک الوطی الذی ورد جواز اشتراطه- و کذا بین ترک شرب العصیر المباح الذی ورد عدم جواز الحلف علیه معللا بأنه من تحریم الحلال و بین ترک بعض المباحات المتفق علی جواز الحلف علیه فی غایة الإشکال

[ما أفاده الفاضل النراقی فی تفسیر الشرط المحرم للحلال]

و ربما قیل فی توجیه الروایة و توضیح معناها أن معنی قوله: إلا شرطا حرم حلالا أو أحل حراما إما أن یکون إلا شرطا حرم وجوب الوفاء به الحلال و إما أن یکون إلا شرطا حرم ذلک الشرط الحلال و الأول مخالف لظاهر العبارة مناقضته لما استشهد به الإمام ع- فی

روایة منصور بن یونس المتقدمة الدالة علی وجوب الوفاء بالتزام عدم الطلاق و التزوج بل یلزم کون الکل لغوا إذ ینحصر مورد: المسلمون عند شروطهم باشتراط الواجبات و اجتناب المحرمات فیبقی الثانی و هو ظاهر الکلام فیکون معناه إلا شرطا حرم ذلک الشرط الحلال بأن یکون المشروط هو حرمة الحلال ثم قال فإن قیل إذا شرط عدم فعله فلا یرضی بفعله فیجعله حراما علیه قلنا لا نرید أن معنی الحرمة طلب الترک من المشترط بل جعله حراما ذاتیا أی مطلوب الترک شرعا و لا شک أن شرط عدم فعل بل نهی شخص عن فعل لا یجعله حراما شرعیا ثم قال فإن قیل الشرط من حیث هو مع قطع النظر عن إیجاب الشارع الوفاء لا یوجب تحلیلا و تحریما شرعا فلا یحرم و لا یحلل قلنا إن أرید أنه لا یوجب تحلیلا و لا تحریما شرعیا بحکم الشرط فهو لیس کذلک بل حکم الشرط ذلک و هذا معنی تحریم الشرط و تحلیله و علی هذا فلا إجمال فی الحدیث و لا تخصیص فی ذلک کالنذر و العهد و الیمین فإن من نذر أن لا یأکل المال المشتبه ینعقد و لو نذر أن یکون المال المشتبه حراما علیه شرعا أو یحرم ذلک علی نفسه شرعا لم ینعقد انتهی. أقول لا أفهم معنی محصلا لاشتراط حرمة الشیء أو حلیته شرعا فإن هذا أمر غیر مقدور للمشترط و لا یدخل تحت الجعل فهو داخل فی غیر المقدور و لا- معنی لاستثنائه عما یجب الوفاء به لأن هذا لا یمکن عقلا الوفاء به إذ لیس فعلا خصوصا للمشترط و کذلک الکلام فی النذر و شبهه و العجب منه قدس سره حیث لاحظ ظهور الکلام فی کون المحرم و المحلل نفس الشرط و لم یلاحظ کون الاستثناء من الأفعال التی یعقل الوفاء بالتزامها و حرمة الشیء شرعا لا یعقل فیها الوفاء و النقض. و قد مثل جماعة للصلح المحلل للحرام بالصلح علی شرب الخمر و للمحرم للحلال بالصلح علی أن لا یطأ جاریته و لا ینتفع بماله و کیف کان فالظاهر بل المتعین أن المراد بالتحلیل و التحریم المستندین إلی الشرط هو الترخیص و المنع. نعم المراد بالحلال و الحرام ما کان کذلک بحیث لا یتغیر موضوعه بالشرط لا- ما کان حلالا لو خلی و طبعه بحیث لا ینافی عروض عنوان التحریم له لأجل الشرط. و قد ذکرنا أن المعیار فی ذلک وقوع التعارض بین دلیل حلیة ذلک الشیء أو حرمته و بین وجوب الوفاء بالشرط و عدم وقوعه ففی الأول یکون الشرط علی تقدیر صحته مغیرا للحکم الشرعی و فی الثانی یکون مغیرا لموضوعه فحاصل المراد بهذا الاستثناء فی حدیثی الصلح و الشرط أنهما لا یغیران حکما شرعیا بحیث یرفع الید عن ذلک الحکم لأجل الوفاء بالصلح و الشرط کالنذر و شبهه و أما تغییرهما لموضوع الأحکام الشرعیة ففی غایة الکثرة بل هما موضوعان لذلک و قد ذکرنا أن الإشکال فی کثیر من الموارد فی تمیز أحد القسمین من الأحکام عن الآخر.

[ما أفاده المحقق القمی فی تفسیر الشرط المذکور]

و مما ذکرنا یظهر النظر فی تفسیر آخر لهذا الاستثناء یقرب من هذا التفسیر الذی تکلمنا علیه ذکره المحقق القمی صاحب القوانین فی رسالته التی ألفها فی هذه المسألة فإنه بعد ما ذکر من أمثلة الشرط غیر الجائز فی نفسه مع قطع النظر عن اشتراطه و التزامه شرب الخمر و الزنی و نحوهما من المحرمات و من أمثلة ما یکون التزامه و الاستمرار علیه من المحرمات فعل المرجوحات و ترک المباحات و فعل المستحبات کأن یشترط تقلیم الأظفار بالسن أبدا و أن لا یلبس الخز أبدا و لا یترک النوافل فإن جعل المکروه أو المستحب واجبا و جعل المباح حراما حرام إلا برخصة شرعیة حاصلة من الأسباب الشرعیة کالنذر و شبهه فیما ینعقد فیه و یستفاد ذلک من کلام علی ع فی روایة إسحاق بن عمار: من اشترط لامرأته شرطا فلیف لها به فإن المسلمین عند شروطهم إلا شرطا حرم حلالا أو أحل حراما قال قدس سره فإن قلت إن الشرط کالنذر و شبهه من الأسباب الشرعیة المغیرة للحکم بل الغالب فیه هو إیجاب ما لیس بواجب فإن بیع الرجل ماله أو هبته لغیره مباح و أما لو اشترط فی ضمن عقد آخر یصیر واجبا فما وجه تخصیص الشرط بغیر ما ذکرته من الأمثلة قلت الظاهر من تحلیل الحرام و تحریم الحلال هو تأسیس القاعدة و هو تعلق الحکم بالحل أو الحرمة ببعض الأفعال علی سبیل العموم من دون النظر إلی خصوصیة فرد فتحریم الخمر معناه منع المکلف عن شرب جمیع ما یصدق علیه هذا الکلی و کذا حلیة المبیع فالتزوج و التسری أمر کلی حلال و التزام ترکه مستلزم لتحریمه و کذلک جمیع أحکام الشرع من التکلیفیة و الوضعیة و غیرها

إنمـا يتعلق بالجزئيـات باعتبـار تحقق الكلى فيهـا فالمراد من تحليل الحرام و تحريم الحلال المنهى عنه هو أن يحـدث المشترط قاعـدة كليـة و يبـدع حكما جديـدا و قـد أجيز فى الشـرع البناء على الشـروط إلا شـرطا أوجب إبـداع حكم كلى جديد مثل تحريم التزوج و التسـرى و إن كان بالنسـبة إلى نفسه فقط و قد قال الله تعالى فَانْكِحُوا ما طابَ لَكُمْ مِنَ النِّساءِ و كجعل الخيرة فى الجماع و الطلاق بيد المرأة و قد قال الله تعالى الرِّجالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّساءِ و فيما لو اشترطت عليه أن لا تتزوج أو لا تتسرى بفلانة خاصة إشكال فما ذكر فى السؤال من وجوب البيع الخاص الـذى يشترطانه فى ضـمن عقد ليس مما يوجب إحداث حكم للبيع و لا تبديل حلال الشارع و حرامه و كذا لو شرط نقص الجماع عن الواجب إلى أن قال قدس سره و بالجملة اللزوم الحاصل من الشرط لما يشترطانه من الشروط الجائزة المكاسب، ج۳، ص ۲۸۱

ليس من باب تحليل حرام أو تحريم حلال أو إيجاب جائز على سبيل القاعـدة بل الـذى يحصل من ملاحظـة جميع موارده حكم كلى هو وجوب العمـل على مـا يشترطـانه و هـذا الحكم أيضا من جعل الشارع فقولنا العمل على مقتضـى الشـرط الجائز واجب حكم كلى شرعى و حصوله ليس من جـانب شـرطنا حتى يكون من بـاب تحليـل الحرام و عكسه بـل إنمـا هو صادر من الشارع انتهى كلامه رفع مقامه و للنظر فى مواضع من كلامه مجال فافهم و الله العالم.

الشرط الخامس أن لا يكون منافيا لمقتضى العقد

و إلا لم يصـح لوجهين أحـدهما وقوع التنافى فى العقد المقيد بهذا الشـرط بين مقتضاه الذى لا يتخلف عنه و بين الشـرط الملزم لعدم تحققه فيسـتحيل الوفاء بهـذا العقـد مع تقيـده بهذا الشـرط فلا بد إما أن يحكم بتساقط كليهما و إما أن يقدم جانب العقد لأنه المتبوع المقصود بالذات و الشـرط تابع و على كل تقدير لا يصح الشـرط. الثانى أن الشـرط المنافى مخالف للكتاب و السنة الدالين على عدم تخلف العقـد عن مقتضاه فاشتراط تخلفه عنه مخالف للكتاب و لذا ذكر فى التذكرة أن اشتراط عدم بيع المبيع مناف لمقتضـى ملكيته فيخـالف قوله ص: الناس مسـلطون على أموالهم و دعوى أن العقـد إنما يقتضـى ذلك مع عـدم اشتراط عـدمه فيه لا مطلقا خروج عن محل الكلام إذ الكلام فى ما يقتضـيه مطلق العقـد و طبيعته الساريـة فى كل فرد منه لا ما يقتضـيه العقد المطلق بوصف إطلاقه و خلوه عن الشـرائط و القيود حتى لا ينافى تخلفه عنه لقيـد يقيـده و شـرط يشترط فيه هـذا كله مع تحقق الإجماع على بطلان هذا الشـرط فلا إشكال فى أصل الحكم و إنما الإشكال فى تشخيص آثار العقد التى لا يتخلف عن مطلق العقد فى نظرا العرف أو الشرع و تميزها عما يقبل التخلف لخصوصـية تعترى العقـد و إن اتضح ذلك فى بعض الموارد لكون الأثر كالمقوم العرفى للبيع أو غرضا أصـليا كاشتراط عدم التصـرف أصـلا فى المبيع و عدم الاستمتاع أصلا بالزوجة حتى النظر و نحو ذلك إلا أن الإشكال فى كثير من المواضع خصوصا بعد ملاحظة اتفاقهم على الجواز فى بعض المقامات و اتفاقهم على عدمه فيما يشـبهه و يصعب الفرق بينهما و إن تكلف له بعض مثلا المعروف عدم جواز المنع عن البيع و الهبة فى ضمن عقد البيع و جواز اشتراط عتقه بعد البيع بلا فصل أو وقفه حتى على البائع و ولده كما صـرح به فى التذكرة. و قد اعترف فى التحرير بأن اشتراط العتق مما ينافى مقتضى العقد و إنما جاز لبناء العتق على التغليب و هذا لو تم لم يجز فى الوقف خصوصـا على البائع و ولـده فإنه شـرط مناف كالعتق ليس مبنيا على التغليب. و لأجل ما ذكرنا وقع فى موارد كثيرة الخلاف و الإشكال فى أن الشرط الفلانى مخالف لمقتضى العقد أم لا.

منها اشتراط عدم البيع فإن المشهور عدم الجواز لكن العلامة فى التذكرة استشكل فى ذلك بل قوى بعض من تأخر عنه صحته. و منها ما ذكره فى الدروس فى بيع الحيوان- من جواز الشركة فيه إذا قال الربح لنا و لا خسران عليك لصحيحة رفاعة فى الشركة فى الجارية قال و منعه ابن إدريس لأنه مناف لقضيـة الشـركة قلنا لا نسـلم أن تبعية المال لازمة لمطلق الشركة بل للشركة المطلقة و الأقرب تعدى الحكم إلى غير الجاريـة من المبيعـات انتهى. و منهـا مـا اشـتهر بينهم من جواز اشتراط الضـمان فى العاريـة و عـدم جوازه فى الإجـارة

مستدلین بأن مقتضی عقد الإجارة عدم ضمان المستأجر فأورد علیهم المحقق الأردبیلی و تبعه جمال المحققین فی حاشیة الروضة بمنع اقتضاء مطلق العقد لذلک إنما المسلم اقتضاء العقد المطلق المجرد عن اشتراط الضمان نظیر العاریة. و منها اشتراط عدم إخراج الزوجة من بلدها فقد جوزه جماعة لعدم المانع و للنص و منعه آخرون منهم فخر الدین فی الإیضاح مستدلا بأن مقتضی العقد تسلط الرجل علی المرأة فی الاستمتاع و الإسکان و قد بالغ حتی جعل هذا قرینة علی حمل النص علی استحباب الوفاء. و منها مسألة توارث الزوجین بالعقد المنقطع من دون شرط أو معه و عدم توارثهما مع الشرط أو لا معه فإنها مبنیة علی الخلاف فی مقتضی العقد المنقطع. قال فی الإیضاح ما ملخصه بعد إسقاطه ما لا یرتبط بالمقام إنهم اختلفوا فی أن هذا العقد یقتضی التوارث أم لا و علی الأول فقیل المقتضی هو العقد المطلق من حیث هو هو فعلی هذا القول لو شرط سقوطه لبطل الشرط لأن کل ما تقتضیه الماهیة من حیث هی هی فیستحیل عدمه مع وجودها و قیل المقتضی إطلاق العقد أی العقد المجرد عن شرط نقیضه أعنی الماهیة بشرط لا شیء فیثبت الإرث ما لم یشترط سقوطه و علی الثانی قیل یثبت مع الاشتراط و یسقط مع عدمه و قیل لا یصح اشتراطه انتهی. و مرجع القولین إلی أن عدم الإرث من مقتضی إطلاق العقد أو ماهیته و اختار هو هذا القول الرابع تبعا لجده و والده قدس سرهما و استدل علیه أخیرا بما دل علی أن من حدود المتعة أن لا ترثها و لا ترثک قال فجعل نفی الإرث من مقتضی الماهیة. و لأجل صعوبة دفع ما ذکرنا من الإشکال فی تمیز مقتضیات ماهیة العقد من مقتضیات إطلاقه التجأ المحقق الثانی مع کمال تبحره فی الفقه حتی ثنی به المحقق فارجع هذا التمییز عند عدم اتضاح المنافاة و عدم الإجماع علی الصحة أو البطلان إلی نظر الفقیه فقال أولا المراد بمنافی مقتضی العقد ما یقتضی عدم ترتب الأثر الذی جعل الشارع العقد من حیث هو هو بحیث یقتضیه و رتب علیه علی أنه أثره و فائدته التی لأجلها وضع کانتقال العوضین إلی المتعاقدین و إطلاق التصرف فیهما فی البیع و ثبوت التوثق فی الرهن و المال فی ذمة الضامن بالنسبة إلی الضمان و انتقال الحق إلی ذمة المحال علیه فی الحوالة و نحو ذلک فإذا شرط عدمها أو عدم البعض أصلا نافی مقتضی العقد ثم اعترض علی ذلک بصحة اشتراط عدم الانتفاع زمانا معینا و أجاب بکفایة جواز الانتفاع وقتا ما فی مقتضی العقد ثم اعترض بأن العقد یقتضی الانتفاع مطلقا فالمنع عن البعض مناف له ثم قال و دفع ذلک لا یخلو عن عسر و کذا القول فی نحو خیار الحیوان مثلا فإن ثبوته مقتضی العقد فیلزم أن یکون شرط سقوطه منافیا له ثم قال و لا یمکن أن یقال إن مقتضی العقد ما لم یجعل إلا لأجله کانتقال العوضین فإن ذلک ینافی منع اشتراط أن لا یبیع المبیع مثلا ثم قال و الحاسم لمادة الإشکال أن الشروط علی أقسام منها ما انعقد الإجماع علی حکمه من صحة أو فساد و منها ما وضح فیه المنافاة للمقتضی کاشتراط عدم ضمان المقبوض بالبیع أو وضح مقابله و لا کلام فیما وضح و منها

المکاسب، ج۳، ص ۲۸۲

ما لیس واحدا من النوعین فهو بحسب نظر الفقیه انتهی کلامه رفع مقامه أقول وضوح المنافاة إن کان بالعرف کاشتراط عدم الانتقال فی العوضین و عدم انتقال المال إلی ذمة الضامن و المحال علیه فلا یتأتی معه إنشاء مفهوم العقد العرفی و إن کان بغیر العرف فمرجعه إلی الشرع من نص أو إجماع علی صحة الاشتراط و عدمه و مع عدمهما وجب الرجوع إلی دلیل اقتضاء العقد لذلک الأثر المشترط عدمه فإن دل علیه علی وجه یعارض بإطلاقه أو عمومه دلیل وجوب الوفاء به بحیث لو أوجبنا الوفاء به وجب طرح عموم ذلک الدلیل و تخصیصه حکم بفساد الشرط لمخالفته حینئذ للکتاب و السنة و إن دل علی ثبوته للعقد لو خلی و طبعه بحیث لا ینافی تغیر حکمه بالشرط حکم بصحة الشرط. و قد فهم من قوله تعالی الرِّجالُ قَوّامُونَ عَلَی النِّساءِ أن السلطنة علی الزوجة من آثار الزوجیة التی لا تتغیر فجعل اشتراط کون الجماع بید الزوجة فی الروایة السابقة منافیا لهذا الأثر و لم یجعل اشتراط عدم الإخراج من البلد منافیا. و قد فهم الفقهاء من قوله البیعان بالخیار حتی یفترقا فإن افترقا وجب البیع عدم التنافی فأجمعوا علی صحة اشتراط سقوط الخیار الذی هو من الآثار الشرعیة للعقد و کذا علی صحة اشتراط الخیار بعد الافتراق و لو شک فی مؤدی الدلیل وجب الرجوع إلی أصالة ثبوت ذلک الأثر علی الوجه الثانی فیبقی عموم أدلة الشرط سلیما عن المخصص و قد ذکرنا هذا فی بیان معنی مخالفة الکتاب و السنة.

الشرط السادس أن لا يكون الشرط مجهولا جهالة توجب الغرر في البيع

لأن الشرط في الحقيقة كالجزء من العوضين كما سيجيء بيانه قال في التذكرة و كما أن الجهالة في العوضين مبطلة فكذا في صفاتهما و لو أحق المبيع فلو شرطا مجهولا بطل البيع انتهى. و قد سبق ما يدل على اعتبار تعيين الأجل المشروط في الثمن بل لو فرضنا عدم سراية الغرر في البيع كفى لزومه في أصل الشرط بناء على أن المنفي مطلق الغرر حتى في غير البيع و لذا يستندون إليه في أبواب المعاملات حتى الوكالة فبطلان الشرط المجهول ليس لإبطاله البيع المشروط به و لذا قد يجزم ببطلان هذا الشرط مع الاستشكال في بطلان البيع فإن العلامة في التذكرة ذكر في اشتراط عمل مجهول في عقد المبيع أن في بطلان البيع وجهين مع الجزم ببطلان الشرط لكن الإنصاف أن جهالة الشرط يستلزم في العقد دائما مقدارا من الغرر الذي يلزم من جهالته جهالة أحد العوضين و من ذلك يظهر وجه النظر فيما ذكره العلامة في مواضع من التذكرة من الفرق في حمل الحيوان و بيض الدجاجة و مال العبد المجهول المقدار بين تمليكها على وجه الشرطية في ضمن بيع هذه الأمور بأن يقول بعتكها على أنها حامل أو على أن لك حملها و بين تمليكها على وجه الجزئية بأن يقول بعتكها و حملها فصحح الأول لأنه تابع و أبطل الثاني لأنه جزء لكن قال في الدروس لو جعل الحمل جزء من المبيع فالأقوى الصحة لأنه بمنزلة الاشتراط و لا يضر الجهالة لأنه تابع و قال في باب بيع المملوك و لو اشتراه و ما له صح و لم يشترط علمه و لا- التفصي من الربا إن قلنا إنه يملك و لو أحلناه اشترطا انتهى. و المسألة محل إشكال و كلماتهم لا يكاد يعرف التيامها حيث صرحوا بأن للشرط قسطا من أحد العوضين و أن التراضي على المعاوضة وقع منوطا به و لازمه كون الجهالة فيه قادحة و الأقوى اعتبار العلم لعموم نفي الغرر إلا- إذا عد الشرط في العرف تابعا غير مقصود بالبيع كبيض الدجاج و قد مر ما ينفع هذا المقام في شروط العوضين و سيأتي بعض الكلام في بيع الحيوان إن شاء الله.

الشرط السابع أن لا يكون مستلزما لمحال

كما لو شرط في البيع أن يبيعه على البائع فإن العلامة قد ذكر هنا أنه مستلزم للدور قال في التذكرة لو باعه شيئا بشرط أن يبيعه إياه لم يصح سواء اتحد الثمن قدرا و جنسا و وصفا أو لا و إلا جاء الدور- لأن بيعه له يتوقف على ملكيته له المتوقفة على بيعه فيدور أما لو شرط أن يبيعه على غيره فإنه يصح عندنا حيث لا منافاة فيه للكتاب و السنة لا يقال ما التزموه من الدور آت هنا لأنا نقول الفرق ظاهر لجواز أن يكون جاريا على حد التوكيل أو عقد الفضولي بخلاف ما لو شرط البيع على البائع انتهى. و سيأتي تقرير الدور مع جوابه في باب النقد و النسيئة. و قد صرح في الدروس بأن هذا الشرط باطل لا للدور بل لعدم القصد إلى البيع و يرد عليه و على الدور النقض بما إذا اشترط البائع على المشتري أن يقف المبيع عليه و على عقبه فقد صرح في التذكرة بجوازه و صرح بجواز اشتراط رهن المبيع على الثمن مع جريان الدور فيه.

الشرط الثامن أن يلتزم به في متن العقد

فلو تواطئا عليه قبله لم يكف ذلك في التزام المشروط به على المشهور بل لم يعلم فيه خلاف عدا ما يتوهم من ظاهر الخلاف و المختلف و سيأتي لأن المشروط عليه إن أنشأ إلزام الشرط على نفسه قبل العقد كان إلزاما ابتدائيا لا يجب الوفاء به قطعا و إن كان أثره مستمرا في نفس الملزم إلى حين العقد بل إلى حين حصول الوفاء و بعده نظير بقاء أثر الطلب المنشأ في زمان إلى حين حصول

المطلوب و إن وعد بإيقاع العقد مقرونا بالتزامه فإذا ترك ذكره فى العقد فلم يحصل ملزم له. نعم يمكن أن يقال إن العقد إذا وقع مع تواطئهما على الشرط كان قيدا معنويا له فالوفاء بالعقد الخاص لا يكون إلا مع العمل بذلك الشرط و يكون العقد بدونه تجارة لا عن تراض إذا التراضى وقع مقيدا بالشرط فإنهم قد صرحوا بأن الشرط كالجزء من أحد العوضين فلا فرق بين أن يقول بعتك العبد بعشرة و شرطت لك ماله و بين تواطئهما على كون مال العبد للمشترى فقال بعتك العبد بعشرة قاصدين العشرة المقرونة بكون مال العبد للمشترى هذا مع أن الخارج من عموم: المؤمنون عند شروطهم هو ما لم يقع العقد مبنيا عليه فيعم محل الكلام و على هذا فلو تواطئا على شرط فاسد فسد العقد المبنى عليه و إن لم يذكر فيه. نعم لو نسيا الشرط المتواطأ عليه فأوقعا العقد غير بانين على الشرط بحيث يقصدان من العوض المقرون بالشرط اتجه صحة العقد و عدم لزوم الشرط هذا و لكن الظاهر من كلمات الأكثر عدم لزوم الشرط غير المذكور فى متن العقد و عدم إجراء أحكام الشرط عليه و إن وقع العقد مبنيا عليه بل فى الرياض عن بعض الأجلة حكاية الإجماع على عدم لزوم الوفاء بما يشترط لا فى عقد بعد ما ادعى هو قدس سره الإجماع على أنه لا حكم للشروط إذا كانت قبل عقد النكاح و تتبع كلماتهم فى باب البيع و النكاح يكشف عن صدق ذلك المحكى فتراهم يجوزون فى باب الربا و الصرف الاحتيال فى تحليل معاوضة أحد المتجانسين بأزيد منه ببيع الجنس بمساويه

المكاسب، ج۳، ص ۲۸۳

ثم هبة الزائد من دون أن يشترط ذلك فى العقد فإن الحلية لا تتحقق إلا بالتواطى على هبة الزائد بعد البيع و التزام الواهب بها قبل العقد مستمرا إلى ما بعده و قد صرح المحقق و العلامة فى باب المرابحة بجواز أن يبيع الشىء من غيره بثمن زائد مع قصدهما نقله بعد ذلك إلى البائع ليخبر بذلك الثمن عند بيعه مرابحة إذا لم يشترطا ذلك لفظا و معلوم أن المعاملة لأجل هذا الغرض لا يكون إلا مع التواطؤ و الالتزام بالنقل ثانيا. نعم خص فى المسالك ذلك بما إذا وثق البائع بأن المشترى ينقله إليه من دون التزام ذلك و إيقاع العقد على هذا الالتزام لكنه تقييد لإطلاق كلماتهم خصوصا مع قولهم إذا لم يشترطا لفظا. و بالجملة فظاهر عبارتى الشرائع و التذكرة أن الاشتراط و الالتزام من قصدهما و لم يذكراه لفظا لا أن النقل من قصدهما فراجع و أيضا فقد حكى عن المشهور أن عقد النكاح المقصود فيه الأجل و المهر المعين إذا خلى عن ذكر الأجل ينقلب دائما. نعم ربما ينسب إلى الخلاف و المختلف صحة اشتراط عدم الخيار قبل عقد البيع لكن قد تقدم فى خيار المجلس النظر فى هذه النسبة إلى الخلاف بل المختلف فراجع- ثم إن هنا وجها آخر لا يخلو عن وجه و هو بطلان العقد الواقع على هذا الشرط لأن الشرط من أركان العقد المشروط بل عرفت أنه كالجزء من أحد العوضين فيجب ذكره فى الإيجاب و القبول كأجزاء العوضين. و قد صرح الشهيد فى غاية المراد بوجوب ذكر الثمن فى العقد و عدم الاستغناء عنه بذكره سابقا كما إذا قال بعنى بدرهم فقال بعتك فقال المشترى قبلت و سيأتى فى حكم الشرط الفاسد كلام من المسالك إن شاء الله تعالى.

و قد يتوهم هنا شرط تاسع- و هو تنجيز الشرط بناء على أن تعليقه

اشارة

يسرى إلى العقد بعد ملاحظة رجوع الشرط إلى جزء من أحد العوضين فإن مرجع قوله بعتك هذا بدرهم على أن تخيط لى إن جاء زيد على وقوع المعاوضة بين المبيع و بين الدرهم المقرون بخياطة الثوب على تقدير مجىء زيد بل يؤدى إلى البيع بثمنين على تقديرين فباعه بالدرهم المجرد على تقدير عدم مجىء زيد و بالدرهم المقرون مع خياطة الثوب على تقدير مجيئه

[دفع هذا التوهم]

و يندفع بأن الشرط هو الخياطة على تقدير المجيء لا الخياطة المطلقة ليرجع التعليق إلى أصل المعاوضة الخاصة و مجرد رجوعهما فى المعنى إلى أمر واحد لا يوجب البطلان و لذا اعترف بعضهم بأن مرجع قوله أنت وكيلى إذا جاء رأس الشهر فى أن تبيع و أنت وكيلى فى أن تبيع إذا جاء رأس الشهر إلى واحد مع الاتفاق على صحة الثانى و بطلان الأول. نعم ذكره فى التذكرة أنه لو شرط البائع كونه أحق بالمبيع لو باعه المشترى ففيه إشكال لكن لم يعلم أن وجهه تعليق الشرط بل ظاهر عبارة التذكرة و كثير منهم فى بيع الخيار بشرط رد الثمن كون الشرط و هو الخيار معلقا على رد الثمن و قد ذكرنا ذلك سابقا فى بيع الخيار.

مسألة فى حكم الشرط الصحيح

[أقسام الشرط]

[شرط الوصف]

و تفصيله أن الشرط إما أن يتعلق بصفة من صفات المبيع الشخصى- ككون العبد كاتبا و الجارية حاملا و نحوهما

[شرط الفعل]

و إما أن يتعلق بفعل من أفعال أحد المتعاقدين أو غيرهما كاشتراط إعتاق العبد و- خياطة الثوب

[شرط الغاية]

و- إما أن يتعلق بما هو من قبيل الغاية للفعل كاشتراط تملك عين خاصة و انعتاق مملوك خاص و نحوهما

و لا إشكال فى أنه لا حكم للقسم الأول إلا الخيار مع تبين فقد الوصف المشروط

إذ لا يعقل تحصيله هنا معنى لوجوب الوفاء فيه و عموم المؤمنون مختص بغير هذا القسم

و أما الثالث

فإن أريد باشتراطه الغاية- أعنى الملكية و الزوجية و نحوهما اشتراط تحصيلهما بأسبابهما الشرعية فيرجع إلى الثانى و هو اشتراط الفعل و إن أريد حصول الغاية بنفس الاشتراط فإن دل الدليل الشرعى على عدم تحقق تلك الغاية إلا بسببها الشرعى الخاص كالزوجية و الطلاق و العبودية و الانعتاق و كون المرهون مبيعا عند انقضاء الأجل و نحو ذلك كان الشرط فاسدا لمخالفته للكتاب و السنة كما أنه لو دل الدليل على) كفاية الشرط فيه كالوكالة و الوصاية و كون مال العبد و حمل الجارية و ثمر الشجرة ملكا للمشترى فلا إشكال. و أما لو لم يدل دليل على أحد الوجهين كما لو شرط فى البيع كون مال خاص غير تابع لأحد العوضين كالأمثلة المذكورة ملكا لأحدهما أو صدقة أو كون العبد الفلانى حرا و نحو ذلك ففى صحة هذا الشرط إشكال من أصالة عدم تحقق تلك الغاية إلا بما علم كونه سببا لها و عموم المؤمنون عند شروطهم و نحوه لا يجرى هنا لعدم كون الشرط فعلا ليجب الوفاء به و من أن الوفاء لا يختص بفعل ما شرط بل يشمل ترتيب الآثار عليه نظير الوفاء بالعهد و يشهد له تمسك الإمام ع بهذا العموم فى موارد كلها من هذا القبيل كعدم الخيار للمكاتبة التى أعانها ولد زوجها- على أداء مال الكتابة مشترطا عليها عدم الخيار على زوجها بعد الانعتاق مضافا إلى كفاية دليل الوفاء بالعقود فى ذلك بعد صيرورة الشرط جزء للعقد و أما توقف الملك و شبهه على أسباب خاصة فهى دعوى غير

مسموعة مع وجود أفراد اتفق على صحتها كما في حمل الجارية و مال العبد و غيرهما و دعوى تسويغ ذلك لكونها توابع للمبيع مدفوعة لعدم صلاحية ذلك للفرق مع أنه يظهر من بعضهم جواز اشتراط ملك حمل دابة في بيع أخرى كما يظهر من المحقق الثاني في شرح عبارة القواعد في شرائط العوضين و كل مجهول مقصود بالبيع لا يصح بيعه و إن انضم إلى معلوم و كيف كان فالأقوى صحة اشتراط الغايات التي لم يعلم من الشارع إناطتها بأسباب خاصة كما يصح نذر مثل هذه الغايات- بأن ينذر كون المال صدقة أو الشاة أضحية أو كون هذا المال لزيد و حينئذ فالظاهر عدم الخلاف في وجوب الوفاء بها بمعنى ترتيب الآثار.

و إنما الخلاف و الإشكال في القسم الثاني- و هو ما تعلق فيه الاشتراط بفعل

اشارة

و الكلام فيه يقع في مسائل

الأولى في وجوب الوفاء من حيث التكليف الشرعي

ظاهر المشهور هو الوجوب لظاهر النبوي: المؤمنون عند شروطهم و العلوي: من شرط لامرأته شرطا فليف لها به فإن المسلمين عند شروطهم إلا- شرطا حرم حلالا- أو حلل حراما و يؤكد الوجوب ما أرسل في بعض الكتب من زيادة قوله إلا من عصى الله في النبوي بناء على كون الاستثناء من المشروط عليه لا من الشارط هذا كله مضافا إلى عموم وجوب الوفاء بالعقد بعد كون الشرط كالجزء من ركن العقد خلافا لظاهر الشهيد في اللمعة و ربما ينسب إلى غيره حيث قال إنه

المكاسب، ج۳، ص ۲۸۴

لا- يجب على المشروط عليه فعل الشرط و إنما فائدته جعل العقد عرضة للزوال و وجهه مع ضعفه يظهر مما ذكره قدس سره في تفصيله المحكي في الروضة عنه قدس سره في بعض تحقيقاته و هو أن الشرط الواقع في العقد اللازم إن كان العقد كافيا في تحققه و لا يحتاج بعده إلى صيغة فهو لازم لا يجوز اختلال به كشرط الوكالة و إن احتاج بعده إلى أمر آخر وراء ذكره في العقد كشرط العتق فليس بلازم بل يقلب العقد اللازم جائزا و جعل السر فيه أن اشتراط ما العقد كاف في تحققه كجزء من الإيجاب و القبول فهو تابع لهما في اللزوم و الجواز و اشتراط ما سيوجد أمر منفصل عن العقد و قد علق عليه العقد و المعلق على الممكن ممكن و هو معنى قلب اللازم جائزا انتهى. قال في الروضة بعد حكاية هذا الكلام و الأقوى اللزوم مطلقا و إن كان تفصيله أجود مما اختاره هنا أقول ما ذكره قدس سره في بعض تحقيقاته لا يحسن عده تفصيلا في محل الكلام مقابلا لما اختاره في اللمعة لأن الكلام في اشتراط فعل سائغ و أنه هل يصير واجبا على المشروط عليه أم لا كما ذكره الشهيد في المتن فمثل اشتراط كونه وكيلا ليس إلا كاشتراط ثبوت الخيار أو عدم ثبوته له فلا يقال إنه يجب فعله أو لا يجب. نعم وجوب الوفاء بمعنى ترتيب آثار ذلك الشرط المحقق بنفس العقد مما لا خلاف فيه إذ لم يقل أحد بعدم ثبوت الخيار أو آثار اللزوم بعد اشتراطهما في العقد. و بالجملة فالكلام هنا في اشتراط فعل يوجد بعد العقد نعم كلام الشهيد في اللمعة أعم منه و من كل شرط لم يسلم لمشترطه و مراده تعذر الشرط و كيف كان فمثل اشتراط الوكالة أو الخيار و عدمه خارج عن محل الكلام إذ لا كلام و لا خلاف في وجوب ترتب آثار الشرط عليه و لا في عدم انفساخ العقد بعدم ترتيب الآثار و لا في أن المشروط عليه يجبر على ترتيب الآثار و إن شئت قلت اشتراط الوكالة من اشتراط الغايات لا المبادئ.

و مما ذكرنا يظهر أن تأييد القول المشهور أو الاستدلال عليه بما في الغنية من الإجماع على لزوم الوفاء بالعقد غير صحيح لأنه إنما ذكر ذلك في مسألة اشتراط الخيار و قد عرفت خروج مثل ذلك عن محل الكلام. نعم في التذكرة لو اشترى عبدا بشرط أن يعتقه المشتري صح البيع و لزم الشرط عند علمائنا أجمع ثم إن ما ذكره الشهيد قدس سره من أن اشتراط ما سيوجد أمر منفصلا و قد علق عليه العقد إلخ لا يخلو عن نظر إذ حاصله أن الشرط قد علق عليه العقد في الحقيقة و إن كان لا تعليق صورة فحاصل قوله بعتك هذا

العبد على أن تعتقه أن الالتزام بهذه المعاوضة معلق على التزامك بالعتق فإذا لم يلتزم بالإعتاق لم يجب على المشروط له الالتزام بالمعاوضة. و فيه مع أن المعروف بينهم أن الشرط بمنزلة الجزء من أحد العوضين و أن القاعدة اللفظية في العقد المشروط لا يقتضي هذا المعنى أيضا و أن رجوعه إلى التعليق على المحتمل يوجب عدم الجزم المفسد للعقد و إن لم يكن في صورة التعليق أن لازم هذا الكلام- أعني دعوى تعليق العقد على الممكن ارتفاعه من رأس عند فقد الشرط لا انقلابه جائزا.

الثانية في أنه لو قلنا بوجوب الوفاء- من حيث التكليف الشرعي فهل يجبر عليه لو امتنع

ظاهر جماعة ذلك- و ظاهر التحرير خلافه- قال في باب الشروط إن الشرط أن تعلق بمصلحة المتعاقدين كالأجل و الخيار و الشهادة و التضمين و الرهن و اشتراط صفة مقصودة كالكتابة جاز و لزم الوفاء ثم قال إذا باع بشرط العتق صح البيع و الشرط فإن أعتقه المشتري و إلا ففي إجباره وجهان أقربهما عدم الإجبار انتهى. و قال في الدروس يجوز اشتراط سائغ في العقد فيلزم الشرط في طرف المشترط عليه فإن أخل به فللمشترط الفسخ و هل يملك إجباره عليه فيه نظر انتهى و لا معنى للزوم الشرط إلا وجوب الوفاء به و قال في التذكرة في فروع مسألة العبد المشترط عتقه إذا أعتقه المشتري فقد وفى بما وجب عليه إلى أن قال و إن امتنع أجبر عليه إن قلنا إنه حق لله تعالى و إن قلنا إنه حق للبائع لم يجبر كما في شرط الرهن و الكفيل لكن يتخير البائع في الفسخ بعد سلامة ما شرط ثم ذكر للشافعي وجهين في الإجبار و عدمه إلى أن قال و الأولى عندي الإجبار في شرط الرهن و الكفيل لو امتنع كما لو شرط تسليم الثمن معجلا فأهمل انتهى و يمكن أن يستظهر هذا القول أعني الوجوب تكليفا مع عدم جواز الإجبار من كل من استدل على صحة الشرط بعموم المؤمنون مع قوله بعدم وجوب الإجبار كالشيخ في المبسوط حيث استدل على صحة اشتراط عتق العبد المبيع بقوله ع: المؤمنون عند شروطهم ثم ذكر أن في إجباره على الإعتاق لو امتنع قولين الوجوب لأن عتقه قد استحق بالشرط و عدم الوجوب و إنما يجعل له الخيار ثم قال و الأقوى هو الثاني انتهى. فإن ظهور النبوي في الوجوب من حيث نفسه و من جهة القرائن المتصلة و المنفصلة مما لا مساغ لإنكاره بل الاستدلال به على صحة الشرط عند الشيخ و من تبعه في عدم إفساد الشرط الفاسد يتوقف ظاهرا على إرادة الوجوب منه إذ لا تنافي بين استحباب الوفاء بالشرط و فساده فلا يدل استحباب الوفاء بالعتق المشروط في البيع على صحته ثم إن الصيمري في غاية المرام قال لا خلاف بين علمائنا في جواز اشتراط العتق لأنه غير مخالف للكتاب و السنة فيجب الوفاء به و قال هل يكون حقا لله تعالى أو للعبد أو للبائع يحتمل الأول إلى أن قال و يحتمل الثالث هو مذهب العلامة في القواعد و التحرير لأنه استقرب فيهما عدم إجبار المشتري على العتق و هو يدل على أنه حق للبائع و على القول بأنه حق لله يكون المطالبة للحاكم و يجبره مع الامتناع و لا يسقط بإسقاط البائع و على القول بكونه للبائع تكون المطالبة له و يسقط بإسقاطه و لا يجبر المشتري و مع الامتناع يتخير المشترط بين الإمضاء و الفسخ و على القول بأنه للعبد يكون هو المطالب بالعتق و مع الامتناع يرافعه إلى الحاكم ليجبره على ذلك و كسبه قبل العتق للمشتري على جميع التقادير انتهى و ظاهر استكشافه مذهب العلامة قدس سره عن حكمه بعدم الإجبار أن كل شرط يكون حقا مختصا للمشترط لا كلام و لا خلاف في عدم الإجبار عليه و هو ظاهر أول الكلام السابق في التذكرة لكن قد عرفت قوله أخيرا و الأولى أن له إجباره عليه و إن قلنا إنه حق للبائع و ما أبعد ما بين ما ذكره الصيمري و ما ذكره في جامع المقاصد و المسالك- من أنه إذا قلنا بوجوب الوفاء فلا كلام في ثبوت الإجبار حيث قال و اعلم أن في إجبار المشتري على الإعتاق وجهين أحدهما العدم لأن للبائع طريقا آخر للتخلص و هو الفسخ و الثاني له ذلك لظاهر

المكاسب، ج۳، ص ۲۸۵

قوله تعالى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ و المؤمنون عند شروطهم إلا من عصى الله و هو الأوجه انتهى و في المسالك جعل أحد القولين ثبوت الخيار و عدم وجوب الوفاء مستدلا له بأصالة عدم وجوب الوفاء و القول الآخر وجوب الوفاء بالشرط و استدل له بعموم الأمر بالوفاء بالعقد و المؤمنون عند شروطهم إلا من عصى الله و ظاهره وحدة الخلاف في مسألتي وجوب الوفاء و التسلط على الإجبار كما أن ظاهر

الصيمرى الاتفاق على وجوب الوفاء بل و على عدم الإجبار فيما كان حقا مختصا للبائع و الأظهر فى كلمات الأصحاب وجود الخلاف فى المسألتين و كيف كان فالأقوى ما اختاره جماعة من أن للمشروط له إجبار المشروط عليه لعموم وجوب الوفاء بالعقد و الشرط فإن العمل بالشرط ليس إلا كتسليم العوضين فإن المشروط له قد ملك الشرط على المشروط عليه بمقتضى العقد المقرون بالشرط فيجبر على تسليمه- و ما فى جامع المقاصد من توجيه عدم الإجبار بأن له طريقا إلى التخلص بالفسخ ضعيف فى الغاية فإن الخيار إنما شرع بعد تعذر الإجبار دفعا للضرر و قد يتوهم أن ظاهر الشرط هو فعل الشىء اختيارا فإذا امتنع المشروط عليه فقد تعذر الشرط و حضور الفعل منه كرها غير ما اشترط عليه فلا ينفع فى الوفاء بالشرط و يندفع بأن المشروط هو نفس الفعل مع قطع النظر عن الاختيار و الإجبار و إنما يعرض له من حيث إنه فعل واجب عليه فإذا أجبر فقد أجبر على نفس الواجب نعم لو صرح باشتراط صدور الفعل عنه اختيارا و عن رضا منه لم ينفع إجباره فى حصول الشرط

الثالثة فى أنه هل للمشروط له الفسخ مع التمكن من الإجبار

فيكون مخيرا بينهما أم لا- يجوز له الفسخ إلا مع تعذر الإجبار ظاهر الروضة و غير واحد هو الثانى و صريح موضع من التذكرة هو الأول قال لو باعه شيئا بشرط أن يبيعه آخر أو يقرضه بعد شهر أو فى الحال لزمه الوفاء بالشرط فإن أخل به لم يبطل البيع لكن يتخير المشترط بين فسخه للبيع و بين إلزامه بما شرط انتهى و لا نعرف مستندا للخيار مع التمكن من الإجبار لما عرفت من أن مقتضى العقد المشروط هو العمل على طبق الشرط اختيارا أو قهرا إلا- أن يقال إن العمل بالشرط حق لازم على المشروط عليه يجبر عليه إذا بنى المشروط له على الوفاء بالعقد و أما إذا أراد الفسخ لامتناع المشروط عليه عن الوفاء بالعقد على الوجه الذى وقع عليه فله ذلك فيكون ذلك بمنزلة تقايل من الطرفين عن تراض منهما و هذا الكلام لا يجرى مع امتناع أحدهما عن تسليم أحد العوضين ليجوز للآخر فسخ العقد لأن كلا- منهما قد ملك ما فى يد الآخر و لا يخرج عن ملكه بعدم تسليم صاحبه فيجبران على ذلك بخلاف الشرط فإن المشروط حيث فرض فعلا كالاعتاق فعلا معنى لتملكه فإذا امتنع المشروط عليه عند فقد نقض العقد فيجوز للمشروط له أيضا نقضه فتأمل ثم على عدم المختار من عدم الخيار إلا مع تعذر الإجبار لو كان الشرط من قبيل الإنشاء القابل للنيابة فهل يوقعه الحاكم عنه إذا فرض تعذر إجباره الظاهر ذلك لعموم ولاية السلطان على الممتنع فيندفع ضرر المشروط له بذلك الرابعة لو تعذر الشرط فليس للمشترط إلا الخيار

لعدم دليل على الأرش- فإن الشرط فى حكم القيد لا يقابل بالمال بل المقابلة عرفا و شرعا إنما هى بين المالين و التقييد أمر معنوى لا يعد مالا و إن كانت مالية المال تزيد و تنقص بوجوده و عدمه و ثبوت الأرش فى العيب لأجل النص و ظاهر العلامة ثبوت الأرش- إذا اشترط عتق العبد فمات العبد قبل العتق و تبعه الصيمرى فيما إذا اشترط تدبير العبد قال فإن امتنع من تدبيره تخير البائع بين الفسخ و استرجاع العبد و بين الإمضاء فيرجع بالتفاوت بين قيمته لو بيع مطلقا و قيمته بشرط التدبير انتهى و مراده بالتفاوت مقدار جزء من الثمن نسبته إليه كنسبة التفاوت إلى القيمة لإتمام التفاوت لأن للشرط قسطا من الثمن فهو مضمون به لا بتمام قيمته كما نص عليه فى التذكرة و ضعف فى الدروس قول العلامة بما ذكرنا من أن الثمن لا يقسط على الشروط و أضعف منه ثبوت الأرش بمجرد امتناع المشترى عن الوفاء بالشرط و إن لم يتعذر كما عن الصيمرى و لو كان الشرط عملا- من المشروط عليه يعد مالا- و يقابل بالمال كخياطة الثوب فتعذر ففى استحقاق المشروط له لأجرته و مجرد ثبوت خيار له وجهان قال فى التذكرة لو شرط على البائع عملا سائغا تخير المشترى بين الفسخ و المطالبة به أو بعوضه إن فات وقته و كان مما يتقوم كما لو شرط تسليم الثوب مصبوغا فأتاه به غير مصبوغ و تلف فى يد المشترى و لو لم يكن مما يتقوم تخير بين الفسخ و الإمضاء مجانا انتهى و قال أيضا لو كان الشرط على المشترى مثل أن باعه داره بشرط أن يصبغ له ثوبه فتلف الثوب تخير البائع بين الفسخ و الإمضاء بقيمة الفائت إن كان مما له قيمة و إلا مجانا انتهى و الظاهر أن مراده بما يتقوم فى نفسه سواء كان عملا محضا كالخياطة أو عينا كمال العبد المشترط معه أو عينا و عملا كالصبغ لا ماله

مدخل فی قیمة العوض إذ کل شرط کذلک و ما ذکره قدس سره لا یخلو عن وجه و إن کان مقتضی المعاوضة بین العوضین بأنفسهما کون الشرط مطلقا قیدا غیر مقابل بالمال فإن المبیع هو الثوب المخیط و العبد المصاحب للمال لا الثوب و الخیاطة و العبد و ماله و لذا لا یشترط قبض ما بإزاء المال من النقدین فی المجلس لو کان من أحدهما و سیجیء فی المسألة السابعة المعاملة مع بعض الشروط معاملة الأجزاء.

الخامسة لو تعذر الشرط

و قد خرج العین عن سلطنة المشروط علیه- بتلف أو بنقل أو رهن أو استیلاد فالظاهر عدم منع ذلک عن الفسخ فإذا فسخ ففی رجوعه علیه بالقیمة أو بالعین مع بقائها بفسخ العقد الواقع علیه من حینه أو من أصله وجوه یأتی فی أحکام الخیار- و یأتی أن الأقوی الرجوع بالبدل جمعا بین الأدلة هذا کله مع صحة العقد الواقع بأن لا یکون منافیا للوفاء بالشرط و أما لو کان منافیا کبیع ما اشترط وقفه علی البائع ففی صحته مطلقا أو مع إذن المشروط له- أو إجازته أو بطلانه وجوه خیرها أوسطها فلو باع بدون إذنه کان للمشروط له فسخه و إلزامه بالوفاء بالشرط. نعم لو لم نقل بإجبار المشروط علیه فالظاهر صحة العقد الثانی فإذا فسخ المشروط له ففی انفساخ العقد من حینه أو من أصله أو الرجوع بالقیمة وجوه رابعها التفصیل بین التصرف بالعتق فلا یبطل لبنائه علی التغلیب فیرجع بالقیمة و بین غیره فیبطل اختاره فی التذکرة و الروضة قال فی فروع مسألة العبد المشترط عتقه بعد ما ذکر أن إطلاق

المکاسب، ج۳، ص ۲۸۶

اشتراط العتق یقتضی عتقه مجانا فلو أعتقه بشرط الخدمة مدة تخیر المشروط له بین الإمضاء و الفسخ فیرجع بقیمة العبد قال بعد ذلک و لو باعه المشتری أو وقفه أو کاتبه تخیر البائع بین الفسخ و الإمضاء فإن فسخ بطلت هذه العقود لوقوعها فی غیر ملک تام و تخالف هذه العتق بشرط الخدمة لأن العتق مبنی علی التغلیب فلا- سبیل إلی فسخه و هل له إمضاء البیع مع طلب فسخ ما نقله المشتری فیه احتمال انتهی و مثله ما فی الروضة. و قال فی الدروس فی العبد المشروط عتقه و لو أخرجه عن ملکه ببیع أوهبه أو وقف فللبائع فسخ ذلک کله انتهی و ظاهره ما اخترناه و یحتمل ضعیفا غیره. و فی جامع المقاصد الذی ینبغی أن المشتری ممنوع من کل تصرف ینافی العتق المشترط ثم إن هذا الخیار کما لا یسقط بتلف العین کذلک لا یسقط بالتصرف فیها کما نبه علیه فی المسالک فی أول خیار العیب فیما لو اشترط الصحة علی البائع. نعم إذا دل التصرف علی الالتزام بالعقد لزم العقد و سقط الخیار نظیر خیار المجلس و الحیوان بناء علی ما استفید من بعض أخبار خیار الحیوان المشتمل علی سقوط خیاره بالتصرف معللا- بحصول الرضا بالعقد و أما مطلق التصرف فلا.

السادسة للمشروط له إسقاط شرطه

إذا کان مما یقبل الإسقاط- لا- مثل اشتراط مال العبد أو حمل الدابة لعموم ما تقدم فی إسقاط الخیار و غیره من الحقوق- و قد یستثنی من ذلک ما کان حقا لغیر المشروط له کالعتق فإن المصرح به فی کلام جماعة کالعلامة و ولده و الشهیدین و غیرهم عدم سقوطه بإسقاط المشروط له قال فی التذکرة الأقوی عندی أن العتق المشروط اجتمع فیه حقوق- حق لله و حق للبائع و حق للعبد ثم استقرب بناء علی ما ذکره مطالبة العبد بالعتق لو امتنع المشتری. و فی الإیضاح الأقوی أنه حق للبائع و لله تعالی فلا یسقط بالإسقاط انتهی و فی الدروس لو أسقط البائع الشرط جاز إلا العتق لتعلق حق العبد و حق الله تعالی به انتهی. و فی جامع المقاصد أن التحقیق أن العتق فیه معنی القربة و العبادة و هو حق الله تعالی و زوال الحجر و هو حق للعبد و فوات المالیة علی الوجه المخصوص للقربة و هو حق للبائع انتهی. أقول أما کونه حقا للبائع من حیث تعلق غرضه بوقوع هذا الأمر المطلوب للشارع فهو واضح و أما کونه حقا للعبد فإن أرید به مجرد انتفاعه بذلک فهذا لا یقتضی سلطنة له علی المشتری بل هو متفرع علی حق البائع دائر معه وجودا و عدما و إن أرید

ثبوت حق على المشترى يوجب السلطنة على المطالبة فلا- دليل عليه و دليل الوفاء لا يوجب إلا ثبوت الحق للبائع و بالجملة فاشتراط عتق العبد ليس إلا كاشتراط أن يبيع المبيع من زيد بأدون من ثمن المثل أو يتصدق به عليه و لم يذكر أحد أن لزيد المطالبة. و مما ذكر يظهر الكلام فى ثبوت حق الله تعالى فإنه إن أريد به مجرد وجوبه عليه لأنه وفاء بما شرط العباد بعضهم لبعض فهذا جار فى كل شرط و لا ينافى ذلك سقوط الشروط بالإسقاط و إن أريد ما عدا ذلك من حيث كون العتق مطلوبا لله كما ذكره جامع المقاصد ففيه أن مجرد المطلوبية إذا لم يبلغ حد الوجوب لا- يوجب الحق لله على وجه يلزم به الحاكم و لا وجوب هنا من غير جهة وجوب الوفاء بشروط العباد و القيام بحقوقهم و قد عرفت أن المطلوب غير هذا فافهم

السابعة قد عرفت أن الشرط من حيث هو شرط لا يقسط عليه الثمن – عند انكشاف التخلف على المشهور

اشارة

لعدم الدليل عليه بعد عدم دلالة العقد عرفا على مقابلة أحد العوضين إلا بالآخر و الشرع لم يزد على ذلك إذ أمره بالوفاء بذلك المدلول العرفى فتخلف الشرط لا يقدح فى تملك كل منهما لتمام العوضين هذا و لكن قد يكون الشرط تضمن المبيع لما هو جزء له حقيقة بأن يشترى مركبا و يشترط كونه كذا و كذا جزء كأن يقول بعتك هذا الأرض أو الثوب أو الصبرة على أن يكون كذا ذراعا أو صاعا فقد جعل الشرط تركبه من أجزاء معينة فهل يلاحظ حينئذ جانب القيدية و يقال إن المبيع هو العين الشخصية المتصفة بوصف كونه كذا جزء فالمتخلف هو قيد من قيود العين كالكتابة و نحوها فى العبد لا يوجب فواتها إلا خيارا بين الفسخ و الإمضاء بتمام الثمن أو يلاحظ جانب الجزئية فإن المذكور و إن كان بصورة القيد إلا أن منشأ انتزاعه هو وجود الجزء الزائد و عدمه فالمبيع فى الحقيقة هو كذا و كذا جزء إلا- أنه عبر عنه بهذه العبارة كما لو أخبر بوزن المبيع المعين فباعه اعتمادا على إخباره فإن وقوع البيع على العين الشخصية لا يوجب عدم تقسيط الثمن على الفائت و بالجملة فالفائت عرفا و فى الحقيقة هو الجزء و إن كان بصورة الشرط فلا يجرى فيه ما مر من عدم التقابل إلا بين نفس العوضين و لأجل ما ذكرنا وقع الخلاف فيما لو باعه أرضا على أنها جربان معينة أو صبره على أنها أصوع معينة

[لو باع شيئا على أنه قدر معين فتبين الاختلاف]

اشارة

و تفصيل ذلك العنوان الذى ذكره فى التذكرة بقوله لو باع شيئا و شرط فيه قدرا معينا فتبين الاختلاف من حيث الكم فأقسامه أربعة لأنه إما أن يكون مختلف الأجزاء أو متفقها و على التقديرين فإما أن يزيد و إما أن ينقص

فالأول تبين النقص فى متساوى الأجزاء

و لا إشكال فى الخيار و إنما الإشكال و الخلاف فى أن له الإمضاء بحصة من الثمن أو ليس له الإمضاء إلا بتمام الثمن فالمشهور كما عن غاية المرام هو الأول. و قد حكى عن المبسوط و الشرائع و جملة من كتب العلامة و الدروس و التنقيح و الروضة و ظاهر السرائر و إيضاح النافع حيث اختارا ذلك فى مختلف الأجزاء فيكون كذلك فى متساوى الأجزاء بطريق أولى و يظهر من استدلال بعضهم على الحكم فى مختلف الأجزاء كونه فى متساوى الأجزاء مفروغا عنه. و عن مجمع البرهان أنه ظاهر القوانين الشرعية و وجهه مضافا إلى فحوى الرواية الآتية فى القسم الثانى ما أشرنا إليه من أن كون المبيع الشخصى بذلك المقدار و إن كان بصورة الشرط إلا أن مرجعه إلى كون المبيع هذا القدر كما لو كالا طعاما فاشتراه فتبين الغلط فى الكيل و لا يرتاب أهل العرف فى مقابلة الثمن لمجموع المقدار

المعين المشترط هنا خلافا لصريح القواعد و محكى الإيضاح و قواه فى محكى حواشى الشهيد و الميسية و الكفاية و استوجهه فى المسالك و يظهر من جامع المقاصد أيضا لأن المبيع هو الموجود الخارجى كائنا ما كان غاية الأمر أنه التزم أن يكون بمقدار معين و هو وصف غير موجود فى المبيع فأوجب الخيار كالكتابة المفقودة فى العبد و ليس مقابل الثمن نفس ذلك المقدار إلا أنه غير موجود فى الخارج مع

المكاسب، ج٣، ص ٢٨٧

أن مقتضى تعارض الإشارة و الوصف غالبا ترجيح الإشارة عرفا فإرجاع قوله بعتك هذه الصبرة على أنها عشرة أصوع إلى قوله بعتك عشرة أصوع موجودة فى هذا المكان تكلف و الجواب أن كونه من قبيل الشرط مسلم إلا أن الكبرى و هى أن كل شرط لا يوزع عليه الثمن ممنوعة لأن المستند فى عدم التوزيع عدم المقابلة عرفا و العرف حاكم فى هذا الشرط بالمقابلة فتأمل.

الثانى تبين النقص فى مختلف الأجزاء

و الأقوى فيه ما ذكر من التقسيط مع الإمضاء وفاقا للأكثر لما ذكر سابقا من قضاء العرف بكون ما انتزع منه الشرط جزء من المبيع مضافا إلى خبر ابن حنظلة: رجل باع أرضا على أنها عشرة أجربة فاشترى المشترى منه بحدوده و نقد الثمن و أوقع صفقة البيع و افترقا فلما مسح الأرض فإذا هى خمسة أجربة قال فإن شاء استرجع فضل ماله و أخذ الأرض و إن شاء رد المبيع و أخذ المال كله إلا أن يكون له إلى جنب تلك الأرض أرضون فليوفه و يكون البيع لازما فإن لم يكن له فى ذلك المكان غير الذى باع فإن شاء المشترى أخذ الأرض و استرجع فضل ماله و إن شاء رد الأرض و أخذ المال كله الخبر. و لا بأس باشتماله على حكم مخالف للقواعد لأن غاية الأمر على فرض عدم إمكان إرجاعه إليها و مخالفة ظاهرة للإجماع طرح ذيله غير المسقط لصدره عن الاحتجاج خلافا للمحكى عن المبسوط و جميع من قال فى الصورة الأولى بعدم التقسيط لما ذكر هناك من كون المبيع عينا خارجيا لا يزيد و لا ينقص لوجود الشرط و عدمه و الشرط التزام من البائع بكون تلك العين بذلك المقدار كما لو اشترط حمل الدابة أو مال العبد فتبين عدمهما و زاد بعض هؤلاء ما فرق به فى المبسوط بين الصورتين بأن الفائت هنا لا يعلم قسطه من الثمن لأن المبيع مختلف الأجزاء فلا يمكن قسمته على عدد الجريان. و فيه أن عدم معلومية قسطه لا يوجب عدم استحقاق المشترى ما يستحقه على تقدير العلم فيمكن التخلص بصلح أو نحوه إلا أن يدعى استلزام ذلك جهالة ثمن المبيع فى ابتداء العقد مع عدم إمكان العلم به عند الحاجة إلى التقسيط و فيه منع عدم المعلومية لأن الفائت صفة كون هذه الأرض المعينة المشخصة عشرة أجربة و يحصل فرضه و إن كان المفروض مستحيل الوقوع بتضاعف كل جزء من الأرض لأنه معنى فرض نفس الخمسة عشرة و فرضه أيضا بصيرورة ثلاثة منها ثمانية أو أربعة تسعة أو واحد ستة أو غير ذلك و إن كان ممكنا إلا أنه لا ينفع مع فرض تساوى قطاع الأرض و مع اختلافها فظاهر التزام كونها عشرة مع رؤية قطاعها المختلفة أو وصفها له يقضى بلزوم كون كل جزء منها مضاعفا على ما هو عليه من الصفات المرئية أو الموصوفة ثم إن المحكى عن الشيخ العمل بذيل الرواية المذكورة و نفى عنه البعد فى التذكرة معللا بأن القطعة المجاورة للمبيع أقرب إلى المثل من الأرش.

و فيه مع منع كون نحو الأرض مثليا أن الفائت لم يقع المعاوضة عليه فى ابتداء العقد و قسطه من الثمن باق فى ملك المشترى و ليس مضمونا على البائع حتى يقدم مثله على قيمته و أما الشيخ قدس سره فالظاهر استناده فى ذلك إلى الرواية.

الثالث أن يتبين الزيادة عما شرط على البائع

فإن دلت القرينة على أن المراد اشتراط بلوغه بهذا المقدار لا بشرط عدم الزيادة فالظاهر أن الكل للمشترى و لا خيار و إن أريد ظاهره و هو كونه شرطا للبائع من حيث عدم الزيادة و عليه من حيث عدم النقيصة ففى كون الزيادة للبائع و تخير المشترى للشركة أو تخير

البائع بين الفسخ و الإجازة لمجموع الشيء بالثمن وجهان من أن مقتضى ما تقدم من أن اشتراط بلوغ المقدار المعين بمنزلة تعلق البيع به فهو شرط صورة و له حكم الجزء عرفا أن اشتراط عدم الزيادة على المقدار هنا بمنزلة الاستثناء و إخراج الزائد عن المبيع و من الفرق بينهما بأن اشتراط عدم الزيادة شرط عرفا و ليس بمنزلة الاستثناء فتخلفه لا يوجب إلا الخيار و لعل هذا أظهر مضافا إلى إمكان الفرق بين الزيادة و النقيصة مع اشتراكهما في كون مقتضى القاعدة فيها كونهما من تخلف الوصف لا نقص الجزء أو زيادته بورود النص المتقدم فى النقيصة و نبقى الزيادة على مقتضى الضابطة و لذا اختار الاحتمال الثانى بعض من قال بالتقسيط فى أطراف النقيصة. و قد يحكى عن المبسوط القول بالبطلان هنا لأن البائع لم يقصد بيع الزائد و المشترى لم يقصد شراء البعض و فيه تأمل.

الرابع أن يتبين فى مختلف الأجزاء

و حكمه يعلم مما ذكرنا

القول فى حكم الشرط الفاسد

اشارة

الكلام فيه يقع فى أمور-

الأول أن الشرط الفاسد لا تأمل فى عدم وجوب الوفاء به بل هو داخل فى الوعيد

اشارة

فإن كان العمل به مشروعا استحب الوفاء به على القول بعدم فساد أصل العقد و تأمل أيضا فى أن الشرط الفاسد لأجل الجهالة يفسد العقد لرجوع الجهالة فيه إلى جهالة أحد العوضين فيكون البيع غررا و كذا لو كان الاشتراط موجبا لمحذور آخر فى أصل البيع كاشتراط بيع المبيع من البائع ثانيا لأنه موجب للدور أو لعدم القصد إلى البيع الأول أو للتعبد من أجل الإجماع أو النص و كاشتراط جعل الخشب المبيع صنما لأن المعاملة على هذا الوجه أكل للمال بالباطل و لبعض الأخبار

[هل الشرط الفاسد لغير إخلاله بالعقد مفسد للعقد]

اشارة

و إنما الإشكال فيما كان فساده لا لأمر مخل بالعقد فهل يكون مجرد فساد الشرط موجبا لفساد العقد أم يبقى العقد على الصحة قولان حكى أولهما عن الشيخ و الإسكافى و ابن البراج و ابن سعيد و ثانيهما للعلامة و الشهيدين و المحقق الثانى و جماعة ممن تبعهم. و ظاهر ابن زهرة فى الغنية التفصيل بين الشرط غير المقدور كصيرورة الزرع سنبلا و البسر تمرا و بين غيره من الشروط الفاسدة فادعى فى الأول عدم الخلاف فى الفساد و الإفساد و مقتضى التأمل فى كلامه أن الوجه فى ذلك صيرورة المبيع غير مقدور على تسليمه و لو صح ما ذكره من الوجه خرج هذا القسم من الفاسد عن محل الخلاف لرجوعه كالشرط المجهول إلى ما يوجب اختلال بعض شروط العوضين لكن صريح العلامة فى التذكرة وقوع الخلاف فى الشرط غير المقدور و مثل بالمثالين المذكورين و نسب القول

بصحة العقد إلی بعض علمائنا و الحق أن الشرط غیر المقدور من حیث هو غیر مقدور لا یوجب تعذر التسلیم فی أحد العوضین. نعم لو أوجبه فهو خارج عن محل النزاع کالشرط المجهول حیث یوجب کون المشروط بیع الغرر و ربما ینسب إلی ابن المتوج البحرانی التفصیل بین الفاسد لأجل عدم تعلق غرض مقصود

المکاسب، ج۳، ص ۲۸۸

للعقلاء به فلا یوجب فساد العقد کأکل طعام بعینه أو لبس ثوب کذلک و بین غیره. و قد تقدم فی اشتراط کون الشرط مما یتعلق به غرض مقصود للعقلاء عن التذکرة و غیرها أن هذا الشرط لغو لا یؤثر الخیار و الخلاف فی أن اشتراط الکفر صحیح أم لا و عدم الخلاف ظاهرا فی لغویة اشتراط کیل المسلم فیه بمکیال شخصی معین و ظاهر ذلک کله التسالم علی صحة العقد و لو مع لغویة الشرط و یؤید الاتفاق علی عدم الفساد استدلال القائلین بالإفساد بأن للشرط قسطا من الثمن فیصیر الثمن مع فساد الشرط مجهولا. نعم استدلالهم الآخر علی الإفساد بعدم التراضی مع انتفاء الشرط ربما یؤید عموم محل الکلام لهذا الشرط إلا أن الشهیدین ممن استدل بهذا الوجه و صرح بلغویة اشتراط الکفر و الجهل بالعبادات بحیث یظهر منه صحة العقد فراجع و کیف کان

فالقول بالصحة فی أصل المسألة لا یخلو عن قوة

وفاقا لمن تقدم لعموم الأدلة السالم عن معارضة ما یخصصه

[أدلة القائلین بالإفساد]

اشارة

عدا وجوه

أحدها ما ذکره فی المبسوط للمانعین من أن للشرط قسطا من العوض مجهولا

فإذا سقط لفساده صار العوض مجهولا و فیه بعد النقض بالشرط الفاسد فی النکاح الذی یکون بمنزلة جزء من الصداق فیجب علی هذا سقوط المسمی و الرجوع إلی مهر المثل أولا منع مقابلة الشرط بشیء من العوضین عرفا و لا شرعا لأن مدلول العقد هو وقوع المعاوضة بین الثمن و المثمن غایة الأمر کون الشرط قیدا لأحدهما یکون له دخل فی زیادة العوض و نقصانه و الشرط لم یحکم علی هذا العقد إلا بإمضائه علی النحو الواقع علیه فلا یقابل الشرط بجزء من العوضین و لذا لم یکن فی فقده إلا الخیار بین الفسخ و الإمضاء مجانا کما عرفت. و ثانیا منع جهالة ما بإزاء الشرط من العوض إذ لیس العوض المنضم إلی الشرط و المجرد عنه إلا کالمتصف بوصف الصحة و المجرد عنه فی کون التفاوت بینهما مضبوطا فی العرف و لذا حکم العلامة فیما تقدم بوجوب الأرش لو لم یتحقق العتق المشروط فی صحة بیع المملوک و بلزوم قیمة الصبغ المشروط فی بیع الثوب. و ثالثا منع کون الجهالة الطارئة علی العوض قادحة إنما القادح به هو الجهل به عند إنشاء العقد.

الثانی أن التراضی إنما وقع علی العقد الواقع علی النحو الخاص

فإذا تعذر الخصوصیة لم یبق التراضی لانتفاء المقید بانتفاء القید و عدم بقاء الجنس مع ارتفاع الفصل فالمعاوضة بین الثمن و المثمن بدون الشرط معاوضة أخری محتاجة إلی تراض جدید و إنشاء جدید و بدونه یکون التصرف أکلا للمال لا عن تراض. و فیه منع کون ارتباط الشرط بالعقد علی وجه یحوج انتفاؤه إلی معاوضة جدیدة عن تراض جدید و مجرد الارتباط لا یقتضی ذلک کما إذا تبین نقص أحد العوضین أو انکشف فقد بعض الصفات المأخوذة فی البیع کالکتابة و الصحة و کالشروط الفاسدة فی عقد النکاح

فإنه لا- خلاف نصا و فتوى في عدم فساد النكاح بمجرد فساد شرطه المأخوذ فيه. و قد تقدم أن ظاهرهم في الشرط غير المقصود للعقلاء في السلم و غيره عدم فساد العقد به و تقدم أيضا أن ظاهرهم أن الشرط غير المذكور في العقد لا حكم له صحيحا كان أو فاسدا و دعوى أن الأصل في الارتباط هو انتفاء الشيء بانتفاء ما ارتبط به و مجرد عدم الانتفاء في بعض الموارد لأجل الدليل لا يوجب التعدي مدفوعة بأن المقصود من بيان الأمثلة أنه لا يستحيل التفكيك بين الشرط و العقد و أنه ليس التصرف المترتب على العقد بعد انتفاء ما ارتبط به في الموارد المذكورة تصرفا لا عن تراض جوزه الشارع تعبدا و قهرا على المتعاقدين فما هو التوجيه في هذه الأمثلة هو التوجيه فيما نحن فيه و لذا اعترف في جامع المقاصد بأن في الفرق بين الشرط الفاسد و الجزء الفاسد عسرا. و الحاصل أنه يكفي للمستدل بالعمومات منع كون الارتباط مقتضيا لكون العقد بدون الشرط تجارة لا عن تراض مستندا إلى النقض بهذه الموارد و حل ذلك أن القيود المأخوذة في المطلوبات العرفية و الشرعية منها ما هو ركن المطلوب ككون المبيع حيوانا ناطقا لا ناهقا و كون مطلوب المولى إتيان تتن الشطب لا الأصفر الصالح للنار جيل و مطلوب الشارع الغسل بالماء للزيارة لأجل التنظيف فإن العرف يحكم في هذه الأمثلة بانتفاء المطلوب لانتفاء هذه القيود فلا يقوم الحمار مقام العبد و لا الأصفر مقام التتن و لا التيمم مقام الغسل. و منها ما ليس كذلك ككون العبد صحيحا و التتن جيدا و الغسل بماء الفرات فإن العرف يحكم في هذه الموارد بكون الفاقد نفس المطلوب و الظاهر أن الشرط من هذا القبيل لا من قبيل الأول فلا يعد التصرف الناشئ عن العقد بعد فساد الشرط تصرفا عن تراض. نعم غاية الأمر أن فوات القيد هنا موجب للخيار لو كان المشروط له جاهلا بالفساد نظير فوات الجزء و الشرط الصحيحين و لا مانع من التزامه و إن لم يظهر منه أثر في كلام القائلين بهذا القول

الثالث [الاستدلال بالروايات]

رواية عبد الملك ابن عتبة عن الرضا ع: عن الرجل ابتاع منه طعاما أو متاعا على أن ليس منه على وضيعة هل يستقيم هذا و كيف هنا و ما حد ذلك قال لا ينبغي و الظاهر أن المراد الحرمة لا الكراهة كما في المختلف إذ مع صحة العقد لا وجه لكراهة الوفاء بالوعد و رواية الحسين ابن المنذر قال: قلت لأبي عبد الله ع الرجل يجيئني فيطلب مني العينة فأشترى المتاع لأجله ثم أبيعه إياه ثم أشتريه منه مكاني قال فقال إذا كان هو بالخيار إن شاء باع و إن شاء لم يبع و كنت أنت أيضا بالخيار إن شئت اشتريت و إن شئت لم تشتر فلا بأس قال فقلت إن أهل المسجد يزعمون أن هذا فاسد و يقولون إنه إن جاء به بعد أشهر صح قال إنما هذا تقديم و تأخير لا بأس فإن مفهومه ثبوت البأس إذا لم يكونا أو أحدهما مختارا في ترك المعاملة الثانية و عدم الاختيار في تركها إنما يتحقق باشتراط فعلها في ضمن العقد الأول و إلا فلا يلزم عليها فيصير الحاصل أنه إذا باعه بشرط أن يبيعه منه أو يشتريه منه لم يصح البيع الأول فكذا الثاني أو لم يصح الثاني لأجل فساد الأول إذ لا مفسد له غيره و رواية علي بن جعفر عن أخيه ع قال:

سألته عن رجل باع ثوبا بعشرة دراهم إلى أجل ثم اشتراه بخمسة نقدا أ يحل قال إذا لم يشترطا و رضيا فلا بأس و دلالتها أوضح من الأولى و الجواب أما عن الأولى فبظهور لا ينبغي في الكراهة و لا مانع من كراهة البيع على هذا النحو من أن البيع صحيح غير مكروه و الوفاء بالشرط مكروه و أما عن الروايتين فأولا بأن الظاهر من الروايتين بقرينة حكاية فتوى أهل المسجد على خلاف قول الإمام ع في الرواية الأولى هو رجوع البأس في المفهوم إلى الشراء و لا ينحصر وجه فساده في فساد البيع لاحتمال

المكاسب، ج۳، ص ۲۸۹

أن يكون من جهة عدم الاختيار فيه الناشئ عن التزامه في خارج العقد الأول فإن العرف لا يفرقون في إلزام المشروط عليه بالوفاء بالشرط بين وقوع الشرط في متن العقد أو في الخارج فإذا التزم به أحدهما في خارج العقد الأول كان وقوعه للزومه عليه عرفا فيقع لا عن رضا منه فيفسد و ثانيا بأن غاية مدلول الرواية فساد البيع المشروط فيه بيعه عليه ثانيا و هو مما لا خلاف فيه حتى ممن قال بعدم فساد العقد بفساد شرطه كالشيخ في المبسوط فلا يتعدى منه إلى غيره فلعل البطلان فيه للزوم الدور كما ذكره العلامة أو لعدم قصد

البيع كما ذكره الشهيد قدس سره أو لغير ذلك بل التحقيق أن مسألة اشتراط بيع المبيع خارجة عما نحن فيه لأن الفساد ليس لأجل كون نفس الشرط فاسدا لأنه ليس مخالفا للكتاب و السنة و لا منافيا لمقتضى العقد بل الفساد فى أصل البيع لأجل نفس هذا الاشتراط فيه لا لفساد ما اشترط و قد أشرنا إلى ذلك فى أول المسألة و لعله لما ذكرنا لم يستند إليها أحد فى مسألتنا هذه و الحاصل أنى لم أجد لتخصيص العمومات فى هذه المسألة ما يطمئن به النفس

و يدل على الصحة أيضا جملة من الأخبار

منها ما عن المشايخ الثلاثة

فى الصحيح عن الحلبى عن الصادق ع: أنه ذكران بريرة كانت عند زوج لها و هى مملوكة فاشترتها عائشة فأعتقها فخيرها رسول الله ص فقال إن شاءت قعدت عند زوجها و إن شاءت فارقته و كان مواليها الذين باعوها اشترطوا على عائشة أن لهم ولاءها فقال ص: الولاء لمن أعتق و حملها على الشرط الخارج عن العقد مخالف لتعليل فساده فى هذه الرواية إشارة و فى غيرها صراحة بكونه مخالفا للكتاب و السنة فالإنصاف أن الرواية فى غاية الظهور.

و منها مرسلة جميل و صحيحة الحلبى

الأولى عن أحدهما فى الرجل يشترى الجارية و يشترط لأهلها أن لا يبيع و لا يهب و لا ترث قال: يفى بذلك إذا اشترط لهم إلا الميراث فإن الحكم بوجوب الوفاء بالأولين دون الثالث مع اشتراط الجميع فى العقد لا يكون إلا مع عدم فساد العقد بفساد شرطه و لو قلنا بمقالة المشهور من فساد اشتراط عدم البيع و الهبة حتى أنه حكى عن كاشف الرموز أنى لم أجد عاملا بهذه الرواية كان الأمر بالوفاء محمولا على الاستحباب و يتم المطلوب أيضا و يكون استثناء شرط الإرث لأن الملك فيه قهرى للوارث لا معنى لاستحباب وفاء المشترى به مع أن تحقق الإجماع على بطلان شرط عدم البيع و الهبة ممنوع كما لا يخفى و الثانية عن أبى عبد الله ع عن الشرط فى الإماء لا تباع و لا تورث و لا توهب قال: يجوز ذلك غير الميراث فإنها تورث و كل شرط خالف كتاب الله فهو رد الخبر فإن قوله: فإنها تورث يدل على بقاء البيع الذى شرط فيه أن لا تورث على الصحة بل يمكن أن يستفاد من قوله بعد ذلك: كل شرط خالف كتاب الله عز و جل فهو رد أى لا يعمل به أن جميع ما ورد فى بطلان الشروط المخالفة لكتاب الله جل ذكره يراد بها عدم العمل بالشرط لا بطلان أصل البيع. و يؤيده ما ورد فى بطلان الشروط الفاسدة فى ضمن عقد النكاح

و قد يستدل على الصحة بأن صحة الشرط فرع على صحة البيع

فلو كان الحكم بصحة البيع موقوفا على صحة الشرط لزم الدور و فيه ما لا يخفى

و الإنصاف أن المسألة فى غاية الإشكال

و لذا توقف فيها بعض تبعا للمحقق قدس سره

[هل الشرط الفاسد يوجب الخيار للمشروط له]

ثم على تقدير صحة العقد- ففى ثبوت الخيار للمشروط له مع جهله بفساد الشرط وجه من حيث كونه فى حكم تخلف الشرط الصحيح فإن المانع الشرعى كالعقلى فيدل عليه ما يدل على خيار تخلف الشرط. و لا فرق فى الجهل المعتبر فى الخيار بين كونه

بالموضوع أو بالحكم الشرعى و لذا يعذر الجاهل بثبوت الخيار أو بفوريته و لكن يشكل بأن العمدة فى خيار تخلف الشرط هو الإجماع و أدلة نفى الضرر قد تقدم غير مرة أنها لا تصلح لتأسيس الحكم الشرعى إذا لم يعتضد بعمل جماعة لأن المعلوم إجمالا أنه لو عمل بعمومها لزم منه تأسيس فقه جديد خصوصا إذا جعلنا الجهل بالحكم الشرعى عذرا فرب ضرر يترتب على المعاملات من أجل الجهل بأحكامها خصوصا الصحة و الفساد فإن ضرورة الشرع قاضية فى أغلب الموارد بأن الضرر المترتب على فساد معاملة مع الجهل به لا يتدارك مع أن مقتضى تلك الأدلة نفى الضرر غير الناشئ عن تقصير المتضرر فى دفعه سواء كان الجهل متعلقا بالموضوع أم بالحكم و إن قام الدليل فى بعض المقامات على التسوية بين القاصر و المقصر فالأقوى فى المقام عدم الخيار و إن كان يسبق خلافه فى بادئ الأنظار.

الثانی لو أسقط المشروط له الشرط الفاسد على القول بإفساده لم يصح بذلك العقد

لانعقاده بينهما على الفساد فلا ينفع إسقاط المفسد و يحتمل الصحة بناء على أن التراضى إنما حصل على العقد المجرد عن الشرط فيكون كتراضيهما عليه حال العقد. و فيه أن التراضى إنما ينفع إذا وقع عليه العقد أو لحق العقد السابق كما فى بيع المكره و الفضولى و أما إذا طرأ الرضا على غير ما وقع عليه العقد فلا ينفع لأن متعلق الرضا لم يعقد عليه و متعلق العقد لم يرض به و يظهر من بعض مواضع التذكرة التردد فى الفساد بعد إسقاط الشرط قال يشترط فى العمل المشروط على البائع أن يكون محللا فلو اشترى العنب على شرط أن يعصره البائع خمرا لم يصح الشرط و البيع على إشكال ينشأ من جواز إسقاط المشترى الشرط عن البائع و الرضا به خاليا عنه و هو المانع من صحة البيع- و من اقتران البيع بالمبطل و بالجملة فهل يثمر اقتران مثل هذا الشرط بطلان البيع من أصله بحيث لو رضى صاحبه بإسقاطه لا يرجع البيع صحيحا أو إيقاف البيع بدونه فإن لم يرض بدونه بطل و الأصح انتهى و لا يعرف وجه لما ذكره من احتمال الإيقاف.

الثالث لو ذكر الشرط الفاسد قبل العقد لفظا و لم يذكر فى العقد

فهل يبطل العقد بذلك بناء على أن الشرط الفاسد مفسد له أم لا وجهان بل قولان مبنيان على تأثير الشرط قبل العقد فإن قلنا بأنه لا حكم له كما هو ظاهر المشهور و قد تقدم فى الشروط لم يفسد و إلا فسد و يظهر من المسالك هنا قول ثالث قال فى مسألة اشتراط بيع المبيع من البائع المراد باشتراط ذلك شرطه فى متن العقد فلو كان فى أنفسهما ذلك و لم يشترطاه لم يضر و لو شرطاه قبل العقد لفظا فإن كانا يعلمان بأن الشرط المتقدم لا حكم له فلا أثر له و إلا اتجه بطلان العقد كما لو ذكراه فى متنه لأنهما لم يقدما إلا على الشرط و لم يتم لهما فيبطل العقد انتهى. و فى باب المرابحة بعد ذكر المحقق فى المسألة المذكورة أنه لو كان من قصدهما ذلك و لم يشترطاه لفظا كره قال فى المسالك أى لم يشترطاه فى نفس العقد فلا عبرة بشرطه قبله. نعم لو توهم لزوم ذلك أو نسى ذكره فيه مع ذكره قبله اتجه الفساد انتهى. ثم حكى اعتراضا على

المكاسب، ج۳، ص ۲۹۰

المحقق قدس سره- و جوابا عنه بقوله قيل عليه إن مخالفة القصد للفظ تقتضى بطلان العقد لأن العقود تتبع القصود فكيف يصح العقد مع مخالفة اللفظ و أجيب عنه بأن القصد و إن كان معتبرا فى الصحة فلا يعتبر فى البطلان لتوقف البطلان على اللفظ و القصد و كذلك الصحة و لم يوجد فى الفرض ثم قال قدس سره و فيه منع ظاهر فإن اعتبارهما معا فى الصحة يقتضى كون تخلف أحدهما كافيا فى البطلان و يرشد إليه عبارة الساهى و الغالط و المكره فإن المتخلف الموجب للبطلان هو القصد و إلا فاللفظ موجود ثم قال و

الذی ینبغی فهمه أنه لا بد من قصدهما إلی البیع المترتب علیه أثر الملک للمشتری علی وجه لا یلزمه رده و إنما یفتقر قصدهما لرده بعد ذلک بطریق الاختیار نظرا إلی وثوق البائع بالمشتری أنه لا یمتنع من رده إلیه بعقد جدید بمحض اختیاره و مروته انتهی کلامه.
أقول إذا أوقعا العقد المجرد علی النحو الذی یوقعانه مقترنا بالشرط و فرض عدم التفاوت بینهما فی البناء علی الشرط و الالتزام به إلا بالتلفظ بالشرط و عدمه فإن قلنا بعدم اعتبار التلفظ فی تأثیر الشرط الصحیح و الفاسد فلا وجه للفرق بین من یعلم فساد الشرط و غیره فإن العالم بالفساد لا یمنعه علمه عن الإقدام علی العقد مقیدا بالالتزام بما اشترطه خارج العقد بل إقدامه کإقدام من یعتقد الصحة کما لا فرق فی إیقاع العقد الفاسد بین من یعلم فساده و عدم ترتب أثر شرعی علیه و غیره. و بالجملة فالإقدام علی العقد مقیدا أمر عرفی یصدر من المتعاقدین و إن علما بفساد الشرط و أما حکم صورة نسیان ذکر الشرط فإن کان مع نسیان أصل الشرط کما هو الغالب فالظاهر الصحة لعدم الإقدام علی العقد مقیدا غایة الأمر أنه کان عازما علی ذلک لکن غفل عنه. نعم لو اتفق إیقاع العقد مع الالتفات إلی الشرط ثم طرأ علیه النسیان فی محل ذکر الشرط کان کتارک ذکر الشرط عمدا تعویلا علی تواطئهما السابق.

الرابع لو کان فساد الشرط لأجل عدم تعلق غرض معتد به عند العقلاء

فظاهر کلام جماعة من القائلین بإفساد الشرط الفاسد کونه لغوا غیر مفسد للعقد. قال فی التذکرة فی باب العیب لو شرط ما لا غرض فیه للعقلاء و لا یزید به المالیة فإنه لغو لا یوجب الخیار و قد صرح فی مواضع آخر فی باب الشروط بصحة العقد و لغویة الشرط و قد صرح الشهید بعدم ثبوت الخیار إذا اشترط کون العبد کافرا فبان مسلما و مرجعه إلی لغویة الاشتراط و قد ذکروا فی السلم لغویة بعض الشروط کاشتراط الوزن بمیزان معین و لعل وجه عدم قدح هذه الشروط أن الوفاء بها لما لم یجب شرعا و لم یکن فی تخلفها أو تعذرها خیار خرجت عن قابلیة تقیید العقد بها لعدم عدها کالجزء من أحد العوضین و یشکل بأن لغویتها لا تنافی تقیید العقد بها فی نظر المتعاقدین فاللازم إما بطلان العقد و إما وجوب الوفاء کما إذا جعل بعض الثمن مما لا یعد مالا فی العرف

الکلام فی أحکام الخیار

الکلام فی أحکام الخیار

الخیار موروث بأنواعه

اشارة

بلا خلاف بین الأصحاب کما فی الریاض و ظاهر الحدائق- و فی التذکرة أن الخیار عندنا موروث- لأنه من الحقوق کالشفعة و القصاص فی جمیع أنواعه و به قال الشافعی إلا فی خیار المجلس و ادعی فی الغنیة الإجماع علی إرث خیار المجلس و الشرط

[الاستدلال علیه بما ورد فی إرث ما ترک المیت]

اشارة

و استدل علیه مع ذلک بأنه حق للمیت فیورث لظاهر القرآن و تبعه بعض من تأخر عنه و زید علیه الاستدلال بالنبوی: ما ترک المیت

من حق فلوارثه. أقول

الاستدلال على هذا الحكم بالكتاب و السنة الواردين في إرث ما ترك الميت يتوقف على ثبوت أمرين

أحدهما كون الخيار حقا لا حكما شرعيا

كإجازة العقد الفضولي و جواز الرجوع في الهبة و سائر العقود الجائزة فإن الحكم الشرعي مما لا يورث و كذا ما تردد بينهما للأصل و ليس في الأخبار ما يدل على ذلك عدا ما دل على انتفاء الخيار بالتصرف معللا بأنه رضا كما تقدم في خيار الحيوان و التمسك بالإجماع على سقوطه بالإسقاط فيكشف عن كونه حقا لا حكما مستغني عنه بقيام الإجماع على نفس الحكم.

الثاني كونه حقا قابلا للانتقال

ليصدق أنه مما ترك الميت بأن لا يكون وجود الشخص و حياته مقوما له و إلا فمثل حق الجلوس في السوق و المسجد و حق التولية و النظارة غير قابل للانتقال فلا يورث و إثبات هذا الأمر بغير الإجماع أيضا مشكل و التمسك في ذلك باستصحاب بقاء الحق- و عدم انقطاعه بموت ذي الحق أشكل لعدم إحراز الموضوع لأن الحق لا يتقوم إلا بالمستحق و كيف كان ففي الإجماع المنعقد على نفس الحكم كفاية إن شاء الله تعالى.

بقي الكلام في أن إرث الخيار ليس تابعا لإرث المال فعلا

فلو فرض استغراق دين الميت لتركته لم يمنع انتقال الخيار إلى الوارث- و لو كان الوارث ممنوعا لنقصان فيه كالرقية أو القتل للمورث أو الكفر فلا- إشكال في عدم الإرث لأن الموجب لحرمانه من المال موجب لحرمانه من سائر الحقوق و لو كان حرمانه من المال لتعبد شرعي كالزوجة غير ذات الولد أو مطلقا بالنسبة إلى العقار و غير الأكبر من الأولاد بالنسبة إلى الحبوة ففي حرمانه من الخيار المتعلق بذلك المال مطلقا أو عدم حرمانه كذلك وجوه بل أقوال ثالثها التفصيل بين كون ما يحرم الوارث عنه منتقلا إلى الميت أو عنه فيرث في الأول صرح به فخر الدين في الإيضاح و فسر به عبارة والده كالسيد العميد و شيخنا الشهيد في الحواشي و رابعها عدم الجواز في تلك الصورة و الإشكال في غيرها صرح به في جامع المقاصد و لم أجد من جزم بعدم الإرث مطلقا و إن أمكن توجيهه بأن ما يحرم منه هذا الوارث إن كان قد انتقل عن الميت فالفسخ لا معنى له لأنه لا ينتقل إليه بإزاء ما ينتقل عنه من الثمن شيء من المثمن. و بعبارة أخرى الخيار علاقة لصاحبه فيما انتقل عنه توجب سلطنته عليه و لا علاقة هنا و لا سلطنة و إن كان قد انتقل إلى الميت فهو لباقي الورثة و لا سلطنة لهذا المحروم و الخيار حق فيما انتقل عنه بعد إحراز تسلطه على ما وصل بإزائه و لكن يرد ذلك بما في الإيضاح من أن الخيار لا- يتوقف على الملك كخيار الأجنبي فعمومات الإرث بالنسبة إلى الخيار لم يخرج عنها الزوجة و إن خرجت عنها بالنسبة إلى المال. و الحاصل أن حق الخيار ليس تابعا للملكية و لذا قوى بعض المعاصرين ثبوت الخيار في الصورتين و يضعفه أن حق الخيار علقة في الملك المنتقل إلى

المكاسب، ج۳، ص ۲۹۱

الغير من حيث التسلط على استرداده إلى نفسه أو إلى من هو منصوب من قبله كما في الأجنبي. و بعبارة أخرى ملك لتملك المعوض لنفسه أو لمن نصب عنه و هذه العلاقة لا- تنتقل من الميت إلا- إلى وارث يكون كالميت في كونه مالكا لأن يملك فإذا فرض أن الميت باع أرضا بثمن فالعلاقة المذكورة إنما هي لسائر الورثة دون الزوجة لأنها بالخيار لا ترد شيئا من الأرض إلى نفسها و لا إلى آخر هي من قبله لتكون كالأجنبي المجعول له. نعم لو كان الميت قد انتقلت إليه الأرض كان الثمن المدفوع إلى البائع متزلزلا في

ملكه فيكون فى معرض الانتقال إلى جميع الورثة و منهم الزوجة فهى أيضا مالكه لتملك حصتها من الثمن لكن فيه ما ذكرنا سابقا من أن الخيار حق فيما انتقل عنه بعد إحراز التسلط على ما وصل بإزائه و عبر عنه فى جامع المقاصد بلزوم تسلط الزوجة على مال الغير و حاصله أن الميت إنما كان له الخيار و العلقة فيما انتقل عنه من حيث تسلطه على رد ما فى يده لتملك ما انتقل عنه بإزائه فلا تنتقل هذه العلاقة إلا إلى من هو كذلك من ورثته- كما مر نظيره فى عكس هذه الصورة و ليست الزوجة كذلك. و قد تقدم فى مسألة ثبوت خيار المجلس للوكيل أن أدلة الخيار مسوقة لبيان تسلط ذى الخيار على صاحبه من جهة تسلطه على تملك ما فى يده فلا يثبت بها تسلط الوكيل على ما وصل إليه لموكله و ما نحن فيه كذلك و يمكن دفعه بأن ملك بائع الأرض للثمن لما كان متزلزلا و فى معرض الانتقال إلى جميع الورثة اقتضى بقاء هذا التزلزل بعد موت ذى الخيار ثبوت حق للزوجة و إن لم يكن لها تسلط على نفس الأرض و الفرق بين ما نحن فيه و بين ما تقدم فى الوكيل أن الخيار هناك و تزلزل ملك الطرف الآخر و كونه فى معرض الانتقال إلى موكل الوكيل كان متوقفا على تسلط الوكيل على ما فى يده و تزلزل ملك الطرف الآخر هنا و كونه فى معرض الانتقال إلى الورثة ثابت على كل حال و لو لم نقل بثبوت الخيار للزوجة فإن باقى الورثة لو ردوا الأرض و استردوا الثمن شاركتهم الزوجة فيه فحق الزوجة فى الثمن المنتقل إلى البائع ثابت فلها استيفاؤه بالفسخ ثم إن ما ذكر وارد على فسخ باقى الورثة للأرض المبيعة بثمن معين تشترك فيه الزوجة إلا أن يلتزم عدم تسلطهم على الفسخ إلا فى مقدار حصتهم من الثمن فيلزم تبعيض الصفقة فما اختاره فى الإيضاح من التفصيل مفسرا به عبارة والده فى القواعد لا يخلو عن قوة. قال فى القواعد الخيار موروث بالحصص كالمال من أى أنواعه كان إلا الزوجة غير ذات الولد فى الأرض على إشكال أقربه ذلك إن اشترى بخيار لترث من الثمن انتهى و قال فى الإيضاح ينشأ الإشكال من عدم إرثها منها فلا يتعلق بها فلا ترث من خيارها و من أن الخيار لا يتوقف على الملك كالأجنبى ثم فرع المصنف أنه لو كان الموروث قد اشترى بخيار فالأقرب إرثها من الخيار لأن لها حقا فى الثمن و يحتمل عدمه لأنها لا ترث من الثمن إلا بعد الفسخ فلو علل بإرثها دار و إلا صح اختيار المصنف لأن الشراء يستلزم منعها من شىء نزله الشارع منزلة جزء من التركة و هو الثمن فقد تعلق الخيار بما ترث منه انتهى و قد حمل العبارة على هذا المعنى السيد العميد الشارح للكتاب و استظهر خلاف ذلك من عبارة جامع المقاصد فإنه بعد بيان منشأ الإشكال على ما يقرب من الإيضاح قال فالأقرب من هذا الإشكال عدم إرثها إن كان الميت قد اشترى أرضا بخيار فأرادت الفسخ لترث من الثمن و أما إذا باع أرضا بخيار فالإشكال حينئذ بحاله لأنها إذا فسخت فى هذه الصورة لم ترث شيئا و حمل الشارحان العبارة على أن الأقرب إرثها إذا اشترى بخيار لأنها حينئذ تفسخ فترث من الثمن بخلاف ما إذا باع بخيار و هو خلاف الظاهر فإن المتبادر أن المشار إليه بقوله ذلك هو عدم الإرث الذى سيقت لأجله العبارة مع أنه من حيث الحكم غير مستقيم أيضا فإن الأرض حق لباقى الوارث استحقوها بالموت فكيف تملك الزوجة إبطال استحقاقهم لها و إخراجها عن ملكهم. نعم لو قلنا إن ذلك يحصل بانقضاء مدة الخيار استقام ذلك و أيضا فإنها إذا ورثت فى هذه الصورة وجب أن ترث فى ما إذا باع الميت أرضا بخيار بطريق أولى لأنها ترث حينئذ من الثمن و أقصى ما يلزم من إرثها من الخيار أن تبطل حقها من

الثمن و هو أولى من إبطال إرثها حق غيرها من الأرض التى اختصوا بملكها ثم قال و الحق أن إرثها من الخيار فى الأرض المشتراة مستبعد جدا و إبطال حق قد ثبت لغيرها يحتاج إلى دليل نعم قوله لترث من الثمن على هذا التقدير يحتاج إلى تكلف زيادة تقدير بخلاف ما حملا عليه انتهى. و قد تقدم ما يمكن أن يقال على هذا الكلام ثم إن الكلام فى ثبوت الخيار لغير مستحق الحبوة من الورثة إذا اشترى الميت أو باع بعض أعيان الحبوة بخيار هو الكلام فى ثبوته للزوجة فى الأرض المشتراة و المبيعة.

مسألة فى كيفية استحقاق كل من الورثة للخيار مع أنه شىء واحد غير قابل للتجزية و التقسيم

اشارة

وجوه

الأول ما اختاره بعضهم - من استحقاق كل منهم خيارا مستقلا

كمورثه بحيث يكون له الفسخ في الكل و إن أجاز الباقون نظير حد القذف الذي لا يسقط بعفو بعض المستحقين و كذلك حق الشفعة على المشهور و استند في ذلك إلى أن ظاهر النبوي المتقدم و غيره ثبوت الحق لكل وارث لتعلق تعدد من لهم الخيار بخلاف المال الذي لا بد من تنزيل مثل ذلك على إرادة الاشتراك لعدم تعدد الملاك شرعا لمال واحد بخلاف محل البحث.

الثاني استحقاق كل منهم خيارا مستقلا في نصيبه

فله الفسخ فيه دون باقي الحصص غاية الأمر مع اختلاف الورثة في الفسخ و الإمضاء و تبعض الصفقة على من عليه الخيار فيثبت له الخيار و وجه ذلك أن الخيار لما لم يكن قابلا للتجزية و كان مقتضى أدلة الإرث كما سيجيء اشتراك الورثة فيما ترك مورثهم تعين تبعضه بحسب متعلقه فيكون نظير المشتريين لصفقة واحدة إذا قلنا بثبوت الخيار لكل منهما.

الثالث استحقاق مجموع الورثة لمجموع الخيار

اشارة

فيشركون فيه من دون ارتكاب تعدده بالنسبة إلى جميع المال و لا بالنسبة إلى حصة كل منهم لأن مقتضى أدلة الإرث في الحقوق غير القابلة للتجزية و الأموال القابلة لها أمر واحد فهو ثبوت مجموع ما ترك لمجموع الورثة إلا أن التقسيم في الأموال لما كان أمرا ممكنا كان مرجع اشتراك المجموع في المجموع إلى اختصاص كل منهم بحصة مشاعة بخلاف الحقوق فإنها تبقى على حالها من اشتراك مجموع الورثة فيها فلا يجوز لأحدهم الاستقلال بالفسخ لا في الكل و لا

المكاسب، ج۳، ص ۲۹۲

في حصته فافهم.

و هنا معنى آخر لقيام الخيار بالمجموع

و هو أن يقوم بالمجموع من حيث تحقق الطبيعة في ضمنه لا من حيث كونه مجموعا فيجوز لكل منهم الاستقلال بالفسخ ما لم يجز الآخر لتحقق الطبيعة في الواحد و ليس له الإجازة بعد ذلك كما أنه لو أجاز الآخر لم يجز الفسخ بعده لأن الخيار الواحد إذا قام بماهية الوارث واحدا كان أو متعددا كان إمضاء الواحد كفسخه ماضيا فلا عبرة بما يقع متأخرا عن الآخر لأن الأول قد استوفاه و لو اتحدا زمانا كان ذلك كالإمضاء و الفسخ من ذي الخيار بتصرف واحد لا أن الفاسخ متقدم كما سيجيء في أحكام التصرف

[فساد الوجه الأول]

ثم إنه لا ريب في فساد مستند وجه الأول المذكور له لمنع ظهور النبوي و غيره في ثبوت ما ترك لكل واحد من الورثة لأن المراد

بالوارث فی النبوی و غیره مما أفرد فیه لفظ الوارث جنس الوارث المتحقق فی ضمن الواحد و الکثیر و قیام الخیار بالجنس یتأتی علی الوجوه الأربعة المتقدمة کما لا یخفی علی المتأمل و أما ما ورد فیه لفظ الوارث بصیغة الجمع فلا یخفی أن المراد به أیضا إما جنس الجمع أو جنس الفرد أو الاستغراق القابل للحمل علی المجموعی و الأفرادی و الأظهر هو الثانی کما فی نظائره هذا کله مع قیام القرینة العقلیة و اللفظیة علی عدم إرادة ثبوته لکل واحد مستقلا فی الکل. أما الأولی فلأن المفروض أن ما کان للمیت و ترکه للوارث حق واحد شخصی و قیامه بالأشخاص المتعددین أوضح استحالة و أظهر بطلانا من تجزیه و انقسامه علی الورثة فکیف یدعی ظهور أدلة الإرث فیه. و أما الثانیة فلأن مفاد تلک الأدلة بالنسبة إلی المال المتروک و حق المتروک شیء واحد و لا یستفاد منها بالنسبة إلی المال الاشتراک و بالنسبة إلی الحق التعدد إلا مع استعمال الکلام فی معنیین هذا مع أن مقتضی ثبوت ما کان للمیت لکل من الورثة أن یکونوا کالوکلاء المستقلین فیمضی السابق من إجازة أحدهم أو فسخه و لا یؤثر اللاحق فلا وجه لتقدم الفسخ علی الإجازة علی ما ذکره.

[عدم دلالة أدلة الإرث علی الوجه الثانی]

و أما الوجه الثانی فهو و إن لم یکن منافیا لظاهر أدلة الإرث من ثبوت مجموع المتروک لمجموع الوارث إلا أن تجزیة الخیار بحسب متعلقة کما تقدم مما لم یدل علیه أدلة الإرث أما ما کان منها کالنبوی غیر متعرض للقسمة فواضح و أما ما تعرض فیه للقسمة کآیات قسمة الإرث بین الورثة فغایة ما یستفاد منها فی المقام بعد ملاحظة عدم انقسام نفس المتروک هنا ثبوت القسمة فیما یحصل بإعمال هذا الحق أو إسقاطه فیقسم بینهم العین المستردة بالفسخ أو ثمنها الباقی فی ملکهم بعد الإجازة علی طریق الإرث

[المتیقن من الأدلة هو الوجه الثالث]

و أما ثبوت الخیار لکل منهم مستقلا فی حصته فلا یستفاد من تلک الأدلة فالمتیقن من مفادها هو ثبوت الخیار الواحد الشخصی للمجموع فإن اتفق المجموع علی الفسخ انفسخ فی المجموع و إلا فلا دلیل علی الانفساخ فی شیء منه-

[عدم الدلیل علی المعنی الثانی للوجه الثالث أیضا]

و من ذلک یظهر أن المعنی الثانی للوجه الثالث و هو قیام الخیار بالطبیعة المتحققة فی ضمن المجموع أیضا لا دلیل علیه فلا یؤثر فسخ أحدهم و إن لم یجز الآخر مع أن هذا المعنی أیضا مخالف لأدلة الإرث لما عرفت من أن مفادها بالنسبة إلی المال و الحق واحد و من المعلوم أن المالک للمال لیس هو الجنس المتحقق فی ضمن المجموع

ثم إن ما ذکرنا جار فی کل حق ثبت لمتعدد

لم یعلم من الخارج کونه علی خصوص واحد من الوجوه المذکورة. نعم لو علم ذلک من دلیل خارج اتبع کما فی حد القذف فإن النص قد دل علی أنه لا یسقط بعفو أحد الشریکین و کذا حق القصاص فإنه لا یسقط بعفو أحد الشریکین لکن مع دفع الآخر مقدار حصة الباقی من الدیة إلی أولیاء المقتص منه جمعا بین الحقین

[الإشکال علی حکم المشهور فی حق الشفعة و الجواب عنه]

لكن يبقى الإشكال فى حكم المشهور من غير خلاف يعرف بينهم و إن احتمله فى الدروس من أحد الورثة إذا عفا عن الشفعة كان للآخر الأخذ بكل المبيع فإن الظاهر أن قولهم بذلك ليس لأجل دليل خارجى و الفرق بينه و بين ما نحن فيه مشكل و يمكن أن يفرق بالضرر فإنه لو سقطت الشفعة بعفو أحد الشريكين تضرر الآخر بالشركة بل لعل هذا هو السر فى عدم سقوط حدى القذف و القصاص بعفو البعض لأن الحكمة فيهما التشفى فإبطالهما بعفو أحد الشركاء إضرار على غير العافى و هذا غير موجود فيما نحن فيه فتأمل.

ثم إن ما اخترناه من الوجه الأول- هو مختار العلامة فى القواعد

بعد أن احتمل الوجه الثانى و ولده فى الإيضاح و الشهيد فى الدروس و الشهيد الثانى فى المسالك و حكى عن غيرهم. قال فى القواعد و هل للورثة التفريق فيه نظر أقربه المنع و إن جوزناه مع تعدد المشترى و زاد فى الإيضاح بعد توجيه المنع بأنه لم يكن لمورثهم الأخيار واحد أنه لا وجه لاحتمال التفريق

[كلام الشهيد فى الدروس]

و قال فى الدروس فى باب خيار العيب لو جوزنا لأحد المشتريين الرد لم نجوزه لأحد الوارثين عن واحد لأن التعدد طار على العقد سواء كان الموروث خيار عيب أو غيره انتهى و فى المسالك بعد المنع عن تفرق المشتريين فى الخيار هذا كله فيما لو تعدد المشترى أما لو تعدد مستحق البيع مع اتحاد المشترى ابتداء كما لو تعدد وارث المشترى الواحد فإنه ليس لهم التفرق لاتحاد الصفقة و التعدد طار مع احتماله انتهى

و ظاهر التذكرة فى خيار المجلس الوجه الأول من الوجوه المتقدمة

قال لو فسخ بعضهم و أجاز الآخر فالأقوى أنه ينفسخ فى الكل كالمورث لو فسخ فى حياته فى البعض و أجاز فى البعض انتهى. و يحتمل أن لا يريد بذلك أن لكل منهما ملك الفسخ فى الكل كما هو مقتضى الوجه الأول بل يملك الفسخ فى البعض و يسرى فى الكل نظير فسخ المورث فى البعض و كيف كان فقد ذكر فى خيار العيب أنه لو اشترى عبدا فمات و خلف وارثين فوجدا به عيبا لم يكن لأحدهما رد حصته خاصة للتشقيص انتهى
و قال فى التحرير لو ورث اثنان عن أبيهما خيار عيب فرضى أحدهما سقط حق الآخر من الرد دون الأرش و الظاهر أن خيار العيب و خيار المجلس واحد كما تقدم عن الدروس فعله رجوع عما ذكره فى خيار المجلس ثم إنه ربما يحمل ما فى القواعد و غيرها من عدم جواز التفريق على أنه لا يصح تبعض المبيع من حيث الفسخ و الإجازة بل لا بد من الفسخ أو الإجازة فى الكل فلا دلالة فيها على عدم استقلال كل منهم على الفسخ فى الكل و حينئذ فإن فسخ أحدهم و أجاز الآخر قدم الفسخ على الإجازة و ينسب تقديم الفسخ إلى كل من منع من التفريق بل فى الحدائق تصريح الأصحاب بتقديم الفاسخ من الورثة على المجيز و لازم ذلك الاتفاق على أنه متى فسخ أحدهم الفسخ فى الكل و ما أبعد بين هذه الدعوى و بين ما فى الرياض من قوله و لو اختلفوا
المكاسب، ج۳، ص ۲۹۳
يعنى الورثة قيل قدم الفسخ و فيه نظر لكن الأظهر فى عبارة القواعد ما ذكرنا و أن المراد بعدم جواز التفريق أن فسخ أحدهم ليس ماضيا مع عدم موافقة الباقين كما يدل عليه قوله فيما بعد ذلك فى باب خيار العيب أما لو أورثا خيار العيب فلا إشكال فى وجوب توافقهما فإن المراد بوجوب التوافق وجوبه الشرطى و معناه عدم نفوذ التخالف و لا ريب أن عدم نفوذ التخالف ليس معناه عدم نفوذ الإجازة من أحدهما مع فسخ صاحبه بل المراد عدم نفوذ فسخ صاحبه من دون إجازته لفسخ صاحبه و هو المطلوب و أصرح منه ما

تقدم من عبارة التحرير ثم التذكرة. نعم ما تقدم من قوله فى الزوجة غير ذات الولد أقربه ذلك إن اشترى بخيار لترث من الثمن قد يدل على أن فسخ الزوجة فقط كاف فى استرجاع تمام الثمن لترث منه إذ استرداد مقدار حصتها موجب للتفريق الممنوع عنده و عند غيره و كيف كان فمقتضى أدلة الإرث ثبوت الخيار للورثة على الوجه الثالث الذى اخترناه و حاصله أنه متى فسخ أحدهم و أجاز الآخر لغا الفسخ و قد يتوهم استلزام ذلك بطلان حق شخص لعدم إعمال الآخر حقه و يندفع بأن الحق إذا كان مشتركا لم يجز إعماله إلا برضا الكل كما لو جعل الخيار لأجنبيين على سبيل التوافق.

فرع إذا اجتمع الورثة كلهم على الفسخ فيما باعه مورثهم

فإن كان عين الثمن موجودا فى ملك الميت دفعوه إلى المشترى و إن لم يكن موجودا أخرج من مال الميت و لا يمنعون من ذلك و إن كان على الميت دين مستغرق للتركة لأن المحجور له الفسخ بخياره و فى اشتراط ذلك بمصلحة الديان و عدمه وجهان و لو كان مصلحتهم فى الفسخ و لم يجبروا الورثة عليه لأنه حق لهم فلا يجبرون على إعماله و لو لم يكن للميت مال ففى وجوب دفع الثمن من مالهم بقدر الحصص وجهان من أنه ليس لهم إلا حق الفسخ كالأجنبى المجعول له الخيار أو الوكيل المستناب فى الفسخ و الإمضاء و انحلال العقد المستلزم لدخول المبيع فى ملك الميت يوفى عنه ديونه و خروج الثمن من ملكه فى المعين و اشتغال ذمته ببدله فى الثمن الكلى فلا يكون مال الورثة عوضا عن المبيع إلا على وجه كونه وفاء لدين الميت و حينئذ فلا اختصاص له بالورثة على حسب سهامهم بل يجوز للغير أداء ذلك الدين بل لو كان للميت غرماء ضرب المشترى مع الغرماء و هذا غير اشتغال ذمم الورثة بالثمن على حسب سهامهم من المبيع و من أنهم قائمون مقام الميت- فى الفسخ برد الثمن أو بدله و تملك المبيع فإذا كان المبيع مردودا على الورثة من حيث إنهم قائمون مقام الميت اشتغلت ذممهم بثمنه من حيث إنهم كنفس الميت كما أن معنى إرثهم لحق الشفعة استحقاقهم لتملك الحصة بثمن من مالهم لا من مال الميت. ثم لو قلنا بجواز الفسخ لبعض الورثة و إن لم يوافقه الباقى و فسخ ففى انتقال المبيع إلى الكل أو إلى الفاسخ وجهان و مما ذكرنا من مقتضى الفسخ و ما ذكرنا أخيرا من مقتضى النيابة و القيام مقام الميت و الأظهر فى الفرعين هو كون ولاية الوارث لا- كولاية الولى أو الوكيل فى كونها لاستيفاء حق للغير بل هى ولاية استيفاء حق متعلق بنفسه فهو كنفس الميت لا- نائب عنه فى الفسخ و من هنا جرت السيرة بأن ورثة البائع ببيع خيار رد الثمن يردون مثل الثمن من أموالهم- و يستردون المبيع لأنفسهم من دون أن يلزموا بأداء الديون منه بعد الإخراج و المسألة تحتاج إلى تنقيح زائد.

مسألة لو كان الخيار لأجنبى و مات

ففى انتقاله إلى وارثه كما فى التحرير أو إلى المتعاقدين أو سقوطه كما اختاره غير واحد من المعاصرين- و ربما يظهر من القواعد وجوه من أنه حق تركه الميت فلوارثه و من أنه حق لمن اشترط له من المتعاقدين لأنه بمنزلة الوكيل الذى حكم فى التذكرة بانتقال خياره إلى موكله دون وارثه و من أن ظاهر الجعل أو محتمله مدخلية نفس الأجنبى فلا- يدخل فى ما تركه و هذا لا يخلو عن قوة لأجل الشك فى مدخلية نفس الأجنبى. و فى القواعد لو جعل الخيار لعبد أحدهما فالخيار لمولاه و لعله لعدم نفوذ فسخه و لا إجازته بدون رضا مولاه و إذا أمره بأحدهما أجبر شرعا عليه فلو امتنع فللمولى فعله عنه فيرجع الخيار بالأخرة له لكن هذا يقتضى أن يكون عبد الأجنبى كذلك مع أنه قال لو كان العبد لأجنبى لم يملك مولاه و لا يتوقف على رضاه إذا لم يمنع حقا للمولى فيظهر من ذلك فساد الوجه المذكور نقضا و حلا فافهم.

مسألة لو كان الخيار لأجنبى و مات

ففى انتقاله إلى وارثه كما فى التحرير أو إلى المتعاقدين أو سقوطه كما اختاره غير واحد من المعاصرين- و ربما يظهر من القواعد

وجوه من أنه حق تركه الميت فلوارثه و من أنه حق لمن اشترط له من المتعاقدين لأنه بمنزلة الوكيل الذى حكم فى التذكرة بانتقال خياره إلى موكله دون وارثه و من أن ظاهر الجعل أو محتمله مدخلية نفس الأجنبى فلا يدخل فى ما تركه و هذا لا يخلو عن قوة لأجل الشك فى مدخلية نفس الأجنبى. و فى القواعد لو جعل الخيار لعبد أحدهما فالخيار لمولاه و لعله لعدم نفوذ فسخه و لا إجازته بدون رضا مولاه و إذا أمره بأحدهما أجبر شرعا عليه فلو امتنع فللمولى فعله عنه فيرجع الخيار بالأخرة له لكن هذا يقتضى أن يكون عبد الأجنبى كذلك مع أنه قال لو كان العبد لأجنبى لم يملك مولاه و لا يتوقف على رضاه إذا لم يمنع حقا للمولى فيظهر من ذلك فساد الوجه المذكور نقضا و حلا فافهم.

مسألة و من أحكام الخيار سقوطه بالتصرف بعد العلم بالخيار

و قد مر بيان ذلك فى مسقطات الخيار و المقصود هنا بيان أنه كما يحصل إسقاط الخيار و التزام العقد بالتصرف فيكون التصرف إجازة فعلية كذلك يحصل الفسخ بالتصرف فيكون فسخا فعليا. و قد صرح فى التذكرة بأن الفسخ كالإجازة قد يكون بالقول و قد يكون بالفعل و قد ذكر جماعة كالشيخ و ابن زهرة و ابن إدريس و جماعة من المتأخرين عنهم كالعلامة و غيره قدس الله أسرارهم أن التصرف إن وقع فيما انتقل عنه كان فسخا و إن وقع فيما انتقل إليه كان إجازة و قد عرفت فى مسألة الإسقاط أن ظاهر الأكثر أن المسقط هو التصرف المؤذن بالرضا و قد دل عليه الصحيحة المتقدمة فى خيار الحيوان المعللة للسقوط بأن التصرف رضا بالعقد فلا خيار و كذا النبوى المتقدم و مقتضى ذلك منهم أن التصرف فيما انتقل عنه إنما يكون فسخا إذا كان مؤذنا بالفسخ و ليكون فسخا فعليا و أما ما لا يدل على إرادة الفسخ فلا وجه لانفساخ العقد به و إن قلنا بحصول الإجازة به بناء على حمل الصحيحة المتقدمة على سقوط الخيار بالتصرف تعبدا شرعيا من غير أن يكون فيه دلالة عرفية نوعية على الرضا بلزوم العقد كما تقدم نقله عن بعض إلا أن يدعى الإجماع على اتحاد ما يحصل به الإجازة و الفسخ فكلما يكون إجازة لو ورد على ما فى يده يكون فسخا إذا ورد منه على ما فى يد صاحبه و هذا الاتفاق و إن كان الظاهر تحققه إلا أن أكثر هؤلاء كما عرفت كلماتهم فى سقوط خيار الشرط بالتصرف يدل على اعتبار الدلالة على الرضا فى التصرف المسقط فيلزمهم بالمقابلة اعتبار الدلالة على الفسخ فى التصرف الفاسخ و يدل عليه كثير من كلماتهم فى هذا المقام أيضا. قال فى التذكرة أما العرض على البيع و الإذن فيه و التوكيل و الرهن غير المقبوض بناء على اشتراطه فيه و الهبة غير المقبوضة فالأقرب أنها من البائع فسخ و من المشترى إجازة لدلالتها على طلب المبيع و استيفائه و هذا هو الأقوى و نحوها جامع المقاصد ثم إنك قد عرفت الإشكال فى كثير من أمثلتهم المتقدمة للتصرفات الملزمة كركوب الدابة

المكاسب، ج۳، ص ۲۹۴

فى طريق الرد و نحوه مما لم يدل على الالتزام أصلا لكن الأمر هنا أسهل بناء على أن ذا الخيار إذا تصرف فيما انتقل عنه تصرفا لا يجوز شرعا إلا من المالك أو بإذنه دل ذلك بضميمة حمل فعل المسلم على الصحيح شرعا- على إرادة انفساخ العقد قبل هذا التصرف. قال فى التذكرة لو قبل الجارية بشهوة أو باشر فيما دون الفرج أو لمس بشهوة فالوجه عندنا أن يكون فسخا لأن الإسلام يصون صاحبه عن القبيح فلو لم يختر الإمساك لكان مقدما على المعصية انتهى ثم نقل عن بعض الشافعية احتمال العدم نظرا إلى حدوث هذه الأمور عمن تردد فى الفسخ و الإجازة و فى جامع المقاصد عند قول المصنف قدس سره و يحصل الفسخ بوطء البائع و بيعه و عتقه و هبته قال لوجوب صيانة فعل المسلم عن الحرام حيث يوجد إليه سبيل و تنزيل فعله على ما يجوز له فعله مع ثبوت طريق الجواز انتهى ثم إن أصالة حمل فعل المسلم على الجائز من باب الظواهر المعتبرة شرعا كما صرح به جماعة كغيرها من الأمارات الشرعية فيدل على الفسخ لا من الأصول التعبدية حتى يقال إنها لا تثبت إرادة المتصرف للفسخ لما تقرر من أن الأصول التعبدية لا تثبت إلا اللوازم الشرعية لمجاريها و هنا كلام مذكور فى الأصول. ثم إن مثل التصرف الذى يحرم شرعا إلا على المالك أو مأذونه التصرف الذى لا ينفذ شرعا إلا من المالك أو مأذونه و إن لم يحرم كالبيع و الإجارة و النكاح فإن هذه العقود و إن حلت لغير

المالک لعدم عدها تصرفا فی ملک الغیر إلا أنها تدل علی إرادة الانفساخ بها بضمیمة أصالة عدم الفضولیة کما صرح بها جامع المقاصد عند قول المصنف و الإجازة و التزویج فی معنی البیع و المراد بهذا الأصل الظاهر- فلا وجه لمعارضته بأصالة عدم الفسخ مع أنه لو أرید به أصالة عدم قصد العقد عن الغیر فهو حاکم علی أصالة عدم الفسخ لکن الإنصاف أنه لو أرید به هذا لم یثبت به إرادة العاقد للفسخ و کیف کان فلا إشکال فی إناطة الفسخ بذلک عندهم کالإجازة بدلالة التصرف علیه و یؤیده استشکالهم فی بعض أفراده من حیث دلالته بالالتزام علی الالتزام بالبیع أو فسخه و من حیث إمکان صدوره عمن تردد فی الفسخ کما ذکره فی الإیضاح و جامع المقاصد- و فی وجه إشکال القواعد فی کون العرض علی البیع و الإذن فیه فسخا. و مما ذکرنا یعلم أنه لو وقع التصرف فیما انتقل عنه نسیانا للبیع أو مسامحة فی التصرف فی ملک الغیر أو اعتمادا علی شهادة الحال بالإذن لم یحصل الفسخ بذلک.

مسألة هل الفسخ یحصل بنفس التصرف أو یحصل قبله متصلا به

اشارة

و بعبارة أخری التصرف سبب أو کاشف فیه وجهان بل قولان من ظهور کلماتهم فی کون نفس التصرف فسخا أو إجازة و أنه فسخ فعلی فی مقابل القولی و ظهور اتفاقهم علی أن الفسخ بل مطلق الإنشاء لا یحصل بالنیة بل لا بد من حصوله بالقول أو الفعل. و مما عرفت من التذکرة و غیرها من تعلیل تحقق الفسخ بصیانة فعل المسلم عن القبیح و من المعلوم أنه لا یصان عنه إلا إذا وقع الفسخ قبله و إلا لوقع الجزء الأول منه محرما و یمکن أن یحمل قولهم بکون التصرف فسخا علی کونه دالا علیه و إن لم یتحقق به و هذا المقدار یکفی فی جعله مقابلا للقول. و یؤیده ما دل من الأخبار المتقدمة علی کون الرضا هو مناط الالتزام بالعقد و سقوط الخیار و إن اعتبر کونه مکشوفا عنه بالتصرف و قد عرفت هناک التصریح بذلک من الدروس و صرح به فی التذکرة أیضا حیث ذکر أن قصد المتبایعین لأحد عوضی الصرف قبل التصرف رضا بالعقد فمقتضی المقابلة هو کون کراهة العقد باطنا و عدم الرضا به هو الموجب للفسخ إذا کشف عنه التصرف و یؤیده أنهم ذکروا أنه لا- تحصل الإجازة بسکوت البائع ذی الخیار علی وطء المشتری معللا بأن السکوت لا یدل علی الرضا فإن هذا الکلام ظاهر فی أن العبرة بالرضا. و صرح فی المبسوط بأنه لو علم رضاه بوطء المشتری سقط خیاره فاقتصر فی الإجازة علی مجرد الرضا و أما ما اتفقوا علیه من عدم حصول الفسخ بالنیة فمرادهم بها نیة الانفساخ أعنی الکراهة الباطنیة لبقاء العقد و البناء علی کونه منفسخا من دون أن یدل علیها بفعل مقارن له و أما مع اقترانها بالفعل فلا قائل بعدم تأثیرها فیما یکفی فیه الفعل إذ کلما یکفی فیه الفعل من الإنشاءات و لا یعتبر فیه خصوص القول فهو من هذا القبیل لأن الفعل لا إنشاء فیه فالمنشأ یحصل بإرادته المتصلة بالفعل لا بنفس الفعل لعدم دلالته علیه نعم یلزم من ذلک أن لا یحصل الفسخ باللفظ أصل لأن اللفظ أبدا مسبوق بالقصد الموجود بعینه قبل الفعل الدال علی الفسخ. و قد ذکر العلامة فی بعض مواضع التذکرة- أن اللازم بناء علی القول بتضمن الوطی للفسخ عود الملک إلی الواطئ مع الوطی أو قبیله فیکون حلالا هذا

و کیف کان فالمسألة ذات قولین

اشارة

ففی التحریر قوی جهة الوطی الذی یحصل به الفسخ و أن الفسخ یحصل بأول جزء منه فیکشف عن عدم الفسخ قبله و هو لازم کل من قال بعدم صحة عقد الواهب الذی یتحقق به الرجوع کما فی الشرائع و عن المبسوط و المهذب و الجامع و الحکم فی باب الهبة و الخیار واحد- و توقف الشهید فی الدروس فی المقامین مع حکمه بصحة رهن ذی الخیار و جزم الشهید و المحقق الثانیان بالحل نظرا

إلی حصول الفسخ قبله بالقصد المقارن

[ثمرة القولین فی المسألة]

ثم إنه لو قلنا بحصول الفسخ قبیل هذه الأفعال فلا إشکال فی وقوعها فی ملک الفاسخ فیترتب علیها آثارها فیصح بیعه و سائر العقود الواقعة منه علی العین لمصادفتهما للملک و لو قلنا بحصوله بنفس الأفعال فینبغی عدم صحة التصرفات المذکورة کالبیع و العتق من حیث عدم مصادفتهما لملک العاقد التی هی شرط لصحتها. و قد یقرر المانع بما فی التذکرة عن بعض العامة من أن الشیء الواحد لا یحصل به الفسخ و العقد کما أن التکبیرة الثانیة فی الصلاة بنیة الشروع یخرج بها عن الصلاة و لا یشرع بها فی الصلاة و بأن البیع موقوف علی الملک الموقوف علی الفسخ المتأخر عن البیع و أجاب فی التذکرة عن الأول بمنع عدم صحة حصول الفسخ و العقد لشیء واحد بالنسبة إلی شیئین و أجاب الشهید عن الثانی بمنع الدور التوقفی و أن الدور معی و قال فی الإیضاح إن الفسخ یحصل بأول جزء من العقد و زاد فی باب الهبة قوله فیبقی المحل قابلا لمجموع العقد انتهی و قد یستدل للصحة- بأنه إذا وقع العقد علی مال الغیر فملکه بمجرد العقد کاف کمن باع مال غیره ثم ملکه

[رأی المصنف فی المسألة]

اشارة

أقول إن قلنا بأن المستفاد من أدلة توقف البیع و العتق علی الملک نحو قوله لا- بیع إلا- فی ملک و لا عتق إلا فی ملک هو اشتراط وقوع الإنشاء فی ملک المنشئ فلا مناص عن القول بالبطلان لأن صحة العقد حینئذ یتوقف علی تقدم تملک

المکاسب، ج۳، ص ۲۹۵

العاقد علی جمیع أجزاء العقد لتقع فیه فإذا فرض العقد أو جزء من أجزائه فسخا کان سببا لتملک العاقد مقدما علیه لأن المسبب إنما یحصل بالجزء الأخیر من سببه فکلما فرض جزء من العقد قابل للتجزیة سببا للتملک کان التملک متأخرا عن بعض ذلک الجزء و إلا لزم تقدم وجود المسبب علی السبب و الجزء الذی لا یتجزأ غیر موجود فلا یکون سببا مع أن غایة الأمر حینئذ المقارنة بینه و بین التملک. و قد عرفت أن الشرط بمقتضی الأدلة سبب التملک علی جمیع أجزاء العقد قضاء لحق الظرفیة و أما دخول المسألة فیمن باع شیئا ثم ملکه فهو بعد فرض القول بصحته یوجب اعتبار إجازة العاقد ثانیا بناء علی ما ذکرنا فی مسألة الفضولی من توقف لزوم العقد المذکور علی الإجازة إلا أن یقال إن المتوقف علی الإجازة عقد الفضولی و بیعه للمالک و أما بیعه لنفسه نظیر بیع الغاصب فلا یحتاج إلی الإجازة بعد العقد لکن هذا علی تقدیر القول به و الإغماض عما تقدم فی عقد الفضولی لا- یجری فی مثل العتق غیر القابل للفضولی و إن قلنا إن المستفاد من تلک الأدلة هو عدم وقوع البیع فی ملک الغیر المؤثر فی نقل مال الغیر بغیر إذنه فالممنوع شرعا تمام السبب فی ملک الغیر لا وقوع بعض أجزائه فی ملک الغیر و تمامه فی ملک نفسه لینقل بتمام العقد الملک الحادث ببعضه فلا مانع من تأثیر هذا العقد لانتقال ما انتقل إلی البائع بأول جزء منه و هذا لا یخلو عن قوة إذ لا دلالة فی أدلة اعتبار الملکیة فی المبیع الأ-علی اعتبار کونه مملوکا قبل کونه مبیعا و الحصر فی قوله لا بیع إلا فی ملک إضافی بالنسبة إلی البیع فی ملک الغیر أو فی غیر ملک کالمباحات الأصلیة فلا- یعم المستثنی منه البیع الواقع بعضه فی ملک الغیر و تمامه فی ملک البائع هذا مع أنه یقال إن المراد بالبیع هو النقل العرفی الحاصل من العقد لا نفس العقد لأن العرف لا یفهمون من لفظ البیع إلا هذا المعنی المأخوذ فی قولهم بعت و

حينئذ فالفسخ الموجب للملك يحصل بأول جزء من العقد و النقل و التملك العرفى يحصل بتمامه فيقع النقل فى الملك و كذا الكلام فى العتق و غيره من التصرفات القولية عقدا كان أو إيقاعا و لعل هذا معنى ما فى الإيضاح من أن الفسخ يحصل بأول جزء و بتمامه يحصل العتق. نعم التصرفات الفعلية المحققة للفسخ كالوطئ و الأكل و نحوهما لا وجه لجواز الجزء الأول منها فإن ظاهر قوله تعالى إِلَّا عَلى أَزْواجِهِمْ أَوْ ما مَلَكَتْ أَيْمانُهُمْ اعتبار وقوع الوطى فيما اتصف بكونها مملوكة فالوطى المحصل للفسخ لا يكون بتمامه حلالا و توهم أن الفسخ إذا جاز بحكم الخيار جاز كل ما يحصل به قولا كان أو فعلا فاسد فإن معنى جواز الفسخ لأجل الخيار الجواز الوضعى أعنى الصحة لا التكليفى فلا ينافى تحريم ما يحصل به الفسخ كما لا يخفى مع أنه لو فرض دلالة دليل الفسخ على إباحة ما يحصل به تعين حمل ذلك على حصول الفسخ قبيل التصرف جمعا بينه و بين ما دل على عدم جواز ذلك التصرف إلا إذا وقع فى الملك و بالجملة

فما اختاره المحقق و الشهيد الثانيان فى المسألة لا يخلو عن قوة

و به يرتفع الإشكال عن جواز التصرفات تكليفا و وضعا و هذا هو الظاهر من الشيخ فى المبسوط حيث جوز للمتصارفين تبايع النقدين ثانيا فى مجلس الصرف و قال إن شروعهما فى البيع قطع لخيار المجلس مع أن الملك عنده يحصل بانقطاع الخيار المتحقق هنا بالبيع المتوقف على الملك لكنه فى باب الهبة لم يصحح البيع الذى يحصل به الرجوع فيها معللا بعدم وقوعه فى الملك

فرع لو اشترى عبدا بجارية مع الخيار له فقال أعتقهما

فربما يقال بانعتاق الجارية دون العبد لأن الفسخ مقدم على الإجازة و فيه أنه لا دليل على التقديم فى مثل المقام مما وقع الإجازة و الفسخ من طرف واحد دفعة سواء اتحد المجيز و الفاسخ كما فى المقام أو تعدد كما لو وقعا من وكيلى ذى الخيار دفعة واحدة إنما المسلم تقديم الفسخ الصادر من أحد الطرفين على الإجازة الصادرة من الطرف الآخر لأن لزوم العقد من أحد الطرفين بمقتضى إجازته لا ينافى انفساخه بفسخ الطرف الآخر كما لو كان العقد جائزا من أحدهما فيفسخ مع لزوم العقد من الطرف الآخر بخلاف اللزوم و الانفساخ من طرف واحد و نحوه فى الضعف القول بعتق العبد لأن الإجازة إبقاء للعقد- و الأصل فيه الاستمرار و فيه أن عتق العبد موقوف على عدم عتق الجارية كالعكس نعم الأصل استمرار العقد و بقاء الخيار و عدم حصول العتق أصلا و هو الأقوى كما اختاره جماعة منهم العلامة فى التذكرة و القواعد و المحقق الثانى فى جامع المقاصد لأن عتقهما معا لا ينفذ لأن العتق لا يكون فضوليا و المعتق لا يكون مالكا لهما بالفعل لأن ملك أحدهما يستلزم خروج الآخر عن الملك- و لو كان الخيار فى الفرض المذكور للبائع العبد بنى عتق العبد على جواز التصرف من غير ذى الخيار فى مدة الخيار و عتق الجارية على جواز عتق الفضولى و الثانى غير صحيح اتفاقا و سيأتى الكلام فى الأول و إن كان الخيار لهما ففى القواعد و الإيضاح و جامع المقاصد صحة عتق الجارية و يكون فسخا لأن عتق العبد من حيث إنه إبطال لخيار بائعه غير صحيح بدون إجازة البائع و معها يكون إجازة منه لبيعه و الفسخ مقدم على الإجازة و الفرق بين هذا و صورة اختصاص المشترى بالخيار أن عتق كل من المملوكين كان من المشترى صحيحا لازما بخلاف ما نحن فيه. نعم لو قلنا هنا بصحة عتق المشترى فى زمان خيار البائع كان الحكم كما فى تلك الصورة

مسألة من أحكام الخيار عدم جواز تصرف غير ذى الخيار تصرفا يمنع من استرداد العين عند الفسخ

[القول بالمنع]

علی قول الشیخ و المحکی عن ابن سعید فی جامع الشرائع و ظاهر جماعة من الأصحاب منهم العلامة فی القواعد و المحقق و الشهید الثانیان قدس سرهم بل فی مفتاح الکرامة فی مسألة عدم انتقال حق الرجوع فی الهبة إلی الورثة أن حق الخیار یمنع المشتری من التصرفات الناقلة عند الأکثر و عن جماعة فی مسألة وجوب الزکاة علی المشتری للنصاب بخیار للبائع أن المشتری ممنوع من کثیر من التصرفات المنافیة لخیار البائع بل ظاهر المحکی عن الجامع کعبارة الدروس عدم الخلاف فی ذلک حیث قال فی الجامع و ینتقل المبیع بالعقد و انقضاء الخیار و قیل بالعقد و لا ینفذ تصرف المشتری فیه حتی ینقضی خیار البائع و ستجیء عبارة الدروس هذا و لکن خلاف الشیخ و ابن سعید مبنی

المکاسب، ج۳، ص ۲۹۶

علی عدم قولهما بتملک المبیع قبل انقضاء الخیار فلا یعد مثلهما مخالفا فی المسألة

[القول بالجواز]

و الموجود فی ظاهر کلام المحقق فی الشرائع جواز الرهن فی زمن الخیار سواء کان الخیار للبائع أو المشتری أو لهما بل ظاهره عدم الخلاف فی ذلک بین کل من قال بانتقال الملک بالعقد و کذا ظاهره فی باب الزکاة حیث حکم بوجوب الزکاة فی النصاب المملوک و لو مع ثبوت الخیار نعم استشکل فیه فی المسالک فی شرح المقامین علی وجه یظهر منه أن المصنف معترف بمنشإ الإشکال و کذا ظاهر کلام القواعد فی باب الرهن و إن اعترض علیه جامع المقاصد بما مر من المسالک لکن صریح کلامه فی التذکرة فی باب الصرف جواز التصرف و کذا صریح کلام الشهید فی الدروس حیث قال فی باب الصرف لو باع أحدهما ما قبضه علی غیر صاحبه قبل التفرق فالوجه الجواز وفاقا للفاضل و منعه الشیخ قدس سره لأنه یمنع الآخر من خیاره و رد بأنا نقول ببقاء الخیار انتهی و صرح فی المختلف فی باب الصرف بأن له أن یبیع ماله من غیر صاحبه و لا یبطل حق خیار الآخر کما لو باع المشتری فی زمان خیار البائع و هو ظاهر اللمعة بل صریحها فی مسألة رهن ما فیه الخیار و إن شرحها فی الروضة بما لا یخلو عن تکلف هذا و یمکن أن یقال إن قول الشیخ و من تبعه بالمنع لیس منشأه القول بعدم انتقال المبیع و متفرعا علیه و إلا لم یکن وجه لتعلیل المنع عن التصرف بلزوم إبطال حق الخیار بل المتعین حینئذ الاستناد إلی عدم حصول الملک مع وجود الخیار بل لعل القول بعدم انتقال منشأه- کون المنع عن التصرف مفروغا عنه عندهم کما یظهر من بیان مبنی هذا الخلاف فی الدروس قال فی تملک المبیع بالعقد أو بعد الخیار بمعنی الکشف أو النقل خلاف مأخذه أن الناقل العقد و الغرض بالخیار الاستدراک و هو لا ینافیه و أن غایة الملک التصرف الممتنع فی مدة الخیار انتهی. و ظاهر هذا الکلام کالمتقدم عن جامع ابن سعید کون امتناع التصرف فی زمن الخیار مسلما بین القولین إلا أن یراد به نفوذ التصرف علی وجه لا یملک بطلانه بالفسخ و لا یتعقبه ضمان العین بقیمتها عند الفسخ و التصرف فی زمن الخیار علی القول بجوازه معرض لبطلانه عند الفسخ أو مستعقب للضمان لا محالة و هذا الاحتمال و إن بعد عن ظاهر عبارة الدروس إلا أنه یقربه أنه قدس سره قال بعد أسطر إن فی جواز تصرف کل منهما مع اشتراک الخیار وجهین و الحاصل أن کلمات العلامة و الشهید بل و غیرهما قدس سرهم فی هذا المقام لا یخلو بحسب الظاهر عن اضطراب

[عدم الفرق بین العتق و غیره]

ثم إن الظاهر عدم الفرق بین العتق و غیره من التصرفات و ربما یظهر من کلمات بعضهم تجویز العتق لبنائه علی التغلیب و کذا الظاهر عدم الفرق بین الإتلاف و التصرفات الناقلة

[الفرق بین الإتلاف و غیره]

و اختار بعض الأفاضل من عاصرناهم الفرق بالمنع من الإتلاف و تجويز غيره لكن مع انفساخه من أصله عند فسخ ذى الخيار و قيل بانفساخه من حينه

حجة القول بالمنع

اشارة

أن الخيار حق يتعلق بالعقد المتعلق بالعوضين من حيث إرجاعهما بحل العقد إلى ملكهما السابق فالحق بالأخرة متعلق بالعين التى انتقلت منه إلى صاحبه فلا يجوز أن يتصرف فيها بما يبطل ذلك الحق بإتلافها أو نقلها إلى شخص آخر و منه يظهر أن جواز الفسخ مع التلف بالرجوع إلى البدل لا يوجب جواز الإتلاف لأن الحق متعلق بخصوص العين فإتلافها إتلاف لهذا الحق و إن انتقل إلى بدله لو تلف بنفسه كما أن تعلق حق الرهن ببدل العين المرهونة بعد تلفها لا يوجب جواز إتلافها على ذى الحق و إلى ما ذكر يرجع ما فى الإيضاح من توجيه بطلان العتق فى زمن الخيار بوجوب صيانة حق البائع فى العين المعينة عن الإبطال.
و يؤيد ما ذكرنا أنهم حكموا من غير خلاف يظهر منهم بأن التصرف الناقل إذا وقع بإذن ذى الخيار سقط خياره فلو لم يكن حقا متعلقا بالعين لم يكن ذلك موجبا لسقوط الخيار فإن تلف العين لا ينافى بقاء الخيار لعدم منافاة التصرف لعدم الالتزام بالعقد و إرادة الفسخ بأخذ القيمة

[المناقشة فى الحجة المذكورة]

هذا غاية ما يمكن أن يقال فى توجيه المنع لكنه لا يخلو عن نظر فإن الثابت من خيار الفسخ- بعد ملاحظة جواز التفاسخ فى حال تلف العينين هى سلطنة ذى الخيار على فسخ العقد المتمكن فى حالتى وجود العين و فقدها فلا دلالة فى مجرد ثبوت الخيار على حكم التصرف جوازا و منعا فالمرجع فيه أدلة سلطنة الناس على أموالهم أ لا ترى أن حق الشفيع لا يمنع المشترى من نقل العين و مجرد الفرق بينهما بأن الشفعة سلطنة على نقل جديد فالملك مستقر قبل الأخذ بها غاية الأمر تملك الشفيع نقله إلى نفسه بخلاف الخيار فإنها سلطنة على رفع العقد و إرجاع الملك إلى الحالة السابقة لا يؤثر فى الحكم المذكور مع أن الملك فى الشفعة أولى بالتزلزل لإبطالها تصرفات المشترى اتفاقا و أما حق الرهن فهو من حيث كون الرهن وثيقة يدل على وجوب إبقائه و عدم السلطنة على إتلافه مضافا إلى النص و الإجماع على حرمة التصرف فى الرهن مطلقا و لو لم يكن متلفا و لا ناقلا و أما سقوط الخيار بالتصرف الذى أذن فيه ذو الخيار فلدلالة العرف لا للمنافاة. و الحاصل أن عموم الناس مسلطون على أموالهم لم يعلم تقييده بحق يحدث لذى الخيار يزاحم به سلطنة المالك فالجواز لا يخلو عن قوة فى الخيارات الأصلية.

و أما الخيارات المجعولة بالشرط

فالظاهر من اشتراطها إرادة إبقاء الملك ليسترده عند الفسخ بل الحكمة فى أصل الخيار هو إبقاء السلطنة على استرداد العين إلا أنها فى الخيارات المجعولة علة للجعل و لا ينافى ذلك بقاء الخيار مع التلف كما لا يخفى

[حكم الإتلاف و فعل ما لا يسوغ انتقاله عن المتصرف]

و عليه فيتعين الانتقال إلى البدل عند الفسخ مع الإتلاف و أما مع فعل ما لا يسوغ انتقاله عن المتصرف كالاستيلاد ففى تقديم حق الخيار لسبقه أو الاستيلاد لعدم اقتضاء الفسخ لرد العين مع وجود المانع الشرعى كالعقلى وجهان أقواهما الثانى و هو اللائح من كلام التذكرة من باب الصرف حيث ذكر أن صحة البيع الثانى لا ينافى حكمه و ثبوت الخيار للمتعاقدين

[حكم ما لو نقله عن ملكه]

و منه يعلم حكم نقله عن ملكه و أنه ينتقل إلى البدل لأنه إذا جاز التصرف فلا داعى إلى إهمال ما يقتضيه التصرف من اللزوم و تسلط العاقد الثانى على ماله عدا ما يتخيل من أن تملك العاقد الثانى مبنى على العقد الأول فإذا ارتفع بالفسخ و صار كأن لم يكن و لو بالنسبة إلى ما بعد الفسخ كان من لوازم ذلك ارتفاع ما بنى عليه من التصرفات و العقود. و الحاصل أن العاقد الثانى

المكاسب، ج۳، ص ۲۹۷

يتلقى الملك من المشترى الأول فإذا فرض الاشتراء كأن لم يكن و ملك البائع الأول العين بالملك السابق قبل البيع ارتفع بذلك ما استند إليه من العقد الثانى و يمكن دفعه بأن تملك العاقد الثانى مستند إلى تملك المشترى له آنا ما لأن مقتضى سلطنته فى ذلك الآن صحة جميع ما يترتب عليه من التصرفات و اقتضاء الفسخ لكون العقد كأن لم يكن بالنسبة إلى ما بعد الفسخ لأنه رفع للعقد الثابت و قد ذهب المشهور إلى أنه لو تلف أحد العوضين قبل قبضه و بعد بيع العوض الآخر المقبوض انفسخ البيع الأول دون الثانى و استحق بدل العوض المبيع ثانيا على من باعه و الفرق بين تزلزل العقد من حيث إنه أمر اختيارى كالخيار أو أمر اضطرارى كتلف عوضه قبل قبضه غير مجد فيما نحن بصدده ثم إنه لا فرق بين كون العقد الثانى لازما أو جائزا لأن جواز العقد يوجب سلطنة العاقد على فسخه لا سلطنة الثالث الأجنبى

[هل يلزم العاقد بالفسخ]

نعم يبقى هنا إلزام العاقد بالفسخ بناء على أن البدل للحيلولة و هى مع تعذر المبدل و مع التمكن يجب تحصيله إلا أن يقال باختصاص ذلك بما إذا كان المبدل المتعذر باقيا على ملك مستحق البدل كما فى المغصوب الآبق أما فيما نحن فيه فإن العين ملك للعاقد الثانى- و الفسخ إنما يقتضى خروج المعوض عن ملك من يدخل فى ملكه العوض و هو العاقد الأول فيستحيل خروج المعوض عن ملك العاقد الثانى فيستقر بدله على العاقد الأول و لا دليل على إلزامه بتحصيل المبدل مع دخوله فى ملك ثالث و قد مر بعض الكلام فى ذلك فى خيار الغبن هذا و لكن قد تقدم أن ظاهر عبارة الدروس و الجامع الاتفاق على عدم نفوذ التصرفات الواقعة فى زمان الخيار و توجيهه بإرادة التصرف على وجه لا يستعقب الضمان بأن يضمنه ببدله بعد فسخ ذى الخيار بعيدا جدا و لم يظهر ممن تقدم نقل القول بالجواز عنه الرجوع إلى البدل إلا فى مسألة العتق و الاستيلاد فالمسألة فى غاية الإشكال.

[هل يكون انفساخ العقد الثانى على القول به من حين فسخ الأول أو من أصله]

ثم على القول بانفساخ العقد الثانى فهل يكون من حين فسخ الأول أو من أصله قولان اختار ثانيهما بعض أفاضل المعاصرين محتجا بأن مقتضى الفسخ تلقى كل من العوضين من ملك كل من المتعاقدين فلا يجوز أن يتلقى الفاسخ الملك من العاقد الثانى بل لا بد من انفساخ العقد الثانى بفسخ الأول و رجوع العين إلى ملك المالك الأول ليخرج منه إلى ملك الفاسخ إلا أن يلتزم بأن ملك العاقد الثانى إلى وقت الفسخ فتلقى الفاسخ الملك بعد الفسخ من العاقد الأول و رده بعدم معروفية التملك الموقت فى الشرع فافهم.

[هل يجوز التصرف قبل تنجز الخيار أم لا]

ثم إن المتيقن من زمان الخيار الممنوع فيه من التصرف على القول به هو زمان تحقق الخيار فعلا كالمجلس و الثلاثة فی الحيوان و الزمان المشروطة فيه الخيار و أما الزمان الذی لم يتنجز فيه الخيار إما لعدم تحقق سببه كما فی خيار التأخير بناء على أن السبب فی ثبوته تضرر البائع بالصبر إلى أزيد من الثلاث و إما لعدم تحقق شرطه كما فی بيع الخيار بشرط رد الثمن بناء على كون الرد شرطا للخيار و عدم تحققه قبله و كاشتراط الخيار فی زمان متأخر ففی جواز التصرف قبل تنجز الخيار خصوصا فيما لم يتحقق سببه وجهان من أن المانع عن التصرف هو تزلزل العقد و كونه فی معرض الارتفاع و هو موجود هنا و إن لم يقدر ذو الخيار على الفسخ حينئذ و من أنه لا حق بالفعل لذی الخيار فلا مانع من التصرف و يمكن الفرق بين الخيار المتوقف على حضور الزمان و المتوقف على شیء آخر كالتأخير و الرؤية على خلاف الوصف لأن ثبوت الحق فی الأول معلوم و إن لم يحضر زمانه بخلاف الثانی و لذا لم يقل أحد بالمنع من التصرف فی أحد من العوضين قبل قبض الآخر من جهة كون العقد فی معرض الانفساخ بتلف ما لم يقبض و سيجیء ما يظهر منه قوة هذا التفصيل و على كل حال فالخيار المتوقف تنجزه فعلا على ظهور أمر كالغبن و العيب و الرؤية على خلاف الوصف غير مانع من التصرف بلا خلاف ظاهرا

فرعان

الأول لو منعا عن التصرف المتلف فی زمن الخيار فهل يمنع عن التصرف المعرض لفوات حق ذی الخيار من العين

كوطئ الأمة فی زمان الخيار بناء على أن الاستيلاد مانع من رد العين بالخيار قولان للمانعين أكثرهم على الجواز كالعلامة فی القواعد و الشارح فی جامع المقاصد و حكی عن المبسوط و الغنية و الخلاف لكن لا يلائم ذلك القول بتوقف الملك على انقضاء الخيار كما اعترف به فی الإيضاح و لذا حمل فی الدروس تجويز الشيخ الوطی على ما إذا خص الخيار بالواطی لكن قيل إن عبارة المبسوط لا تقبل ذلك و ظاهر المحكی عن التذكرة و ظاهر الدروس المنع عن ذلك لكون الوطی معرضا لفوات حق ذی الخيار من العين.

الثانی أنه هل يجوز إجارة العين فی زمان الخيار - بدون إذن ذی الخيار

اشارة

فيه وجهان من كونه ملكا له و من إبطال هذا التصرف- لتسلط الفاسخ على أخذ العين إذ الفرض استحقاق المستأجر لتسلمه لأجل استيفاء منفعة و لو آجره من ذی الخيار أو بإذنه ففسخ لم يبطل الإجارة لأن المشتری ملك العين ملكية مطلقة مستعدة للدوام و من نماء هذا الملك المنفعة الدائمة فإذا استوفاها المشتری بالإجارة فلا وجه لرجوعها إلى الفاسخ بل يعود الملك إليه مسلوب المنفعة فی مدة الإجارة كما إذا باعه بعد الإجارة و ليس الملك هنا نظير ملك البطن الأول من الموقوف عليه لأن البطن الثانی لا يتلقى الملك منه حتى يتلقاه مسلوب المنفعة بل من الواقف كالبطن الأول فالملك ينتهی بانتهاء استعداده. فإن قلت إن ملك المنفعة تابع لملك العين بمعنى أنه إذا ثبت الملكية فی زمان و كان زوالها بالانتقال إلى آخر ملك المنفعة الدائمة لأن المفروض أن المنتقل إليه يتلقى الملك من ذلك المالك فيتلقاه مسلوب المنفعة و أما إذا ثبت و كان زوالها بارتفاع سببها لم يكن ملك من عاد إليه متلقى عن المالك الأول و مستندا إليه بل كان مستندا إلى ما كان قبل تملك المالك الأول فيتبعه المنفعة كما لو فرضنا زوال الملك بانتهاء

سببه لا برفعه كما فى ملك البطن الأول من الموقوف عليه فإن المنفعة تتبع مقدار تملكه قلت أولا إنه منقوض بما إذا وقع التفاسخ بعد الإجارة مع عدم التزام أحد ببطلان الإجارة و ثانيا إنه يكفى فى ملك المنفعة الدائمة تحقق الملك المستعد للدوام لو لا الرافع آنا ما ثم إن فاضل القمى فى بعض أجوبة مسائله جزم ببطلان الإجارة بفسخ البيع بخيار رد مثل الثمن و علله بأنه يعلم بفسخ البيع أن المشترى لم يملك منافع ما بعد الفسخ و أن الإجارة كانت متزلزلة و مراعاة بالنسبة إلى فسخ البيع انتهى فإن كان مرجعه إلى ما ذكرنا من كون المنفعة تابعا لبقاء الملك أو الملك المستند إلى ذلك الملك فقد عرفت الجواب عنه نقضا و حلا و أن المنفعة تابعة للملك

المكاسب، ج۳، ص ۲۹۸

المستعد للدوام و إن كان مرجعه إلى شيء آخر فليبين حتى ينظر فيه مع أن الأصل عدم الانفساخ لأن الشك فى أن حق خيار الفسخ فى العين يوجب تزلزل ملك المنفعة أم لا مع العلم بقابلية المنفعة بعد الفسخ للتملك قبله كما إذا تقايلا البيع بعد الإجارة ثم إنه لا إشكال فى نفوذ التصرف بإذن ذى الخيار و إنه يسقط خياره بهذا التصرف- إما لدلالة الإذن على الالتزام بالعقد عرفا و إن لم يكن منافاة بين الإذن فى التصرف و الإتلاف و إرادة الفسخ و أخذ القيمة كما نبهنا عليه فى المسألة السابقة و به يندفع الإشكال الذى أورده المحقق الأردبيلى من عدم دلالة ذلك على سقوط الخيار و إما لأن التصرف الواقع تفويت لمحل هذا الحق و هى العين بإذن صاحبه فلا ينفسخ التصرف و لا يتعلق الحق بالبدل لأن أخذ البدل بالفسخ فرع تلف العين فى حال حلول الحق فيه لا مع سقوط عنه و لو أذن و لم يتصرف المأذون ففى القواعد و التذكرة أنه يسقط خيار الإذن و عن الميسية أنه المشهور قيل كان منشأ هذه النسبة فهم استناد المشهور فى سقوط الخيار فى الصورة السابقة إلى دلالة مجرد الإذن و لا يقدح فيها تجرده عن التصرف. و قد منع دلالة الإذن المجرد فى المسالك و جامع المقاصد و القواعد

[رأى المؤلف]

و الأولى أن يقال بأن الظاهر كون إذن ذى الخيار فى التصرف المخرج فيما انتقل عنه فسخا لحكم العرف و لأن إباحة بيع مال الغير لنفسه غير جائز شرعا فيحمل على الفسخ كسائر التصرفات التى لا يصح شرعا إلا بجعلها فسخا و أما كون إذن ذى الخيار للمشترى فى التصرف إجازة و إسقاطا لخياره فيمكن الاستشكال فيه لأن الثابت بالنص و الإجماع أن التصرف عن إذنه لا لأجل تحقق الإسقاط من ذى الخيار بالإذن بل لأجل تحقق المسقط لما عرفت من أن التصرف الواقع بإذنه صحيح نافذ و التسلط على بدله فرع خروجه عن ملك المشترى متعلقا للحق فالإذن فيما نحن فيه نظير إذن المرتهن فى بيع الرهن لا يسقط به حق الرهانة و يجوز الرجوع قبل البيع نعم يمكن القول بإسقاطه من جهة تضمنه للرضا بالعقد فإنه ليس بأدون من رضا المشترى بتقبيل الجارية و قد صرح فى المبسوط بأنه إذا علم رضا البائع بوطء المشترى سقط خياره و يؤيده رواية السكونى فى كون العرض على البيع التزاما فهذا القول لا يخلو عن قوة.

مسألة المشهور أن المبيع يملك بالعقد-

اشارة

و أثر الخيار تزلزل الملك بسبب القدرة على رفع سببه فالخيار حق لصاحبه فى ملك الآخر و حكى المحقق و جماعة عن الشيخ توقف الملك بعد العقد على انقضاء الخيار و إطلاقه يشمل الخيار المختص بالمشترى و صرح فى التحرير بشموله لذلك لكن الشهيد فى الدروس قال فى تملك المبيع بالعقد أو بعد الخيار بمعنى الكشف أو النقل خلاف مأخذه أن الناقل العقد و الغرض من الخيار الاستدراك و هو لا- ينافى الملك و أن غاية الملك التصرف الممتنع فى زمان الخيار و ربما قطع الشيخ بملك المشترى إذا اختص

الخيار و ظاهر ابن الجنيد توقف الملك على انقضاء الخيار انتهى.

[ما هو رأى الشيخ الطوسى فى المسألة]

فإن فى هـذا الكلام شـهادة من وجهين على عدم توقف ملك المشترى على انقضاء خياره عند الشـيخ بل المأخذ المذكور صـريح فى عدم الخلاف من غير الشيخ قدس سره فى الخلاف و المبسوط

[كلام الشيخ فى الخلاف]

قـال فى محكى الخلاـف العقـد يثبت بنفس الإيجاب و القبول فـإن كـان مطلقـا فـإنه يلزم بالافتراق بالأبـدان و إن كان مشـروطا يلزم بانقضاء الشـرط فإن كان الشـرط لهما أو للبائع فإذا انقضى الخيار ملك المشترى بالعقد المتقدم و إن كان الخيار للمشترى وحده زال ملك البائع عن الملك بنفس العقـد لكنه لم ينتقل إلى المشترى حتى ينقضـى الخيار فإن انقضـى الخيار ملك المشترى بالعقـد الأول انتهى. و ظاهر هذا الكلام كما قيل هو الكشف فحينئذ يمكن الجمع بين زوال ملك البائع بمعنى عدم حق له بعد ذلك فى المبيع نظير لزوم العقد من طرف الأصيل إذا وقع مع الفضولي و بين عدم انتقاله إلى المشترى بحسب الظاهر حتى ينقضى خياره فإذا انقضى ملك بسبب العقـد الأول بمعنى كشف الانقضاء عنه فيصير انقضاء الخيار للمشترى نظير إجازة عقد الفضولى و لا يرد حينئذ عليه أن اللازم منه بقـاء الملك بلا مالك و حاصل هـذا القول أن الخيار يوجب تزلزل الملك و يمكن حمله أيضا على إرادة الملك اللازم الـذى لا حق و لاـ علاقـة لمالكه السابق فيه فوافق المشـهور و لـذا عبر فى غايـة المراد بقوله و يلوح من كلام الشـيخ توقف الملك على انقضاء الخيار و لم ينسب ذلك إليه صريحا

[كلام الشيخ فى المبسوط]

و قـال فى المبسوط البيع إن كـان مطلقـا غير مشـروط فإنه يثبت بنفس العقـد و يلزم بالتفرق بالأبـدان و إن كان مشـروطا لزومه بنفس العقـد لزم بنفس العقـد و إن كان مشـروطا بشـرط لزم بانقضاء الشـرط و ظاهره كظاهر الخلاف عدم الفرق بين خيار البائع و المشترى لكن قال فى باب الشـفعة إذا باع شـقصا بشـرط الخيار فإن كان الخيار للبائع أو لهما لم يكن للشـفيع الشـفعة لأن الشفعة إنما تجب إذا انتقـل الملك إليه و إن كان الخيار للمشترى وجب الشـفعة للشـفيع لأن الملك يثبت للمشترى بنفس العقـد و له المطالبـة بعـد انقضاء الخيار و حكم خيار المجلس و الشـرط فى ذلك سواء على ما فصـلناه و لعل هذا مأخذ ما تقدم من النسبة فى ذيل عبارة الدروس هذا و لكن الحلى قدس سـره فى السـرائر ادعى رجوع الشـيخ عما ذكره فى الخلاف و يمكن أن يستظهر من مواضع من المبسوط ما يوافق المشهور مثل استدلاله فى مواضع على المنع عن التصرف فى مدة الخيار بأن فيه إبطالا لحق ذى الخيار كما فى مسألة بيع أحد النقدين على غير صـاحبه فى المجلس و فى مسألـة رهن مـا فيه الخيـار للبـائع فـإنه لو قـال بعـدم الملك تعين تعليل المنع به لا بإبطال حق ذى الخيـار من الخيـار لأن التعليل بوجود المانع فى مقام فقـد المقتضـى كما ترى و منها أنه ذكر فى باب الصـرف جواز تبايع المتصارفين ثانيا فى المجلس لأن شـروعهما فى البيع قطع للخيار مع أنه لم يصـحح فى باب الهبـة البيع الذى يتحقق به الرجوع فيها لعدم وقوعه فى الملـك فلو لاـ قوله فى الخيـار بمقالـة المشـهور لم يصـح البيع ثانيـا لوقوعه فى غير الملـك على ما ذكرنا فى الهبـة و ربما ينسبه إلى المبسوط اختيار المشهور فيما إذا صار أحد المتبايعين الذى له الخيار مفلسا حيث حكم بأن له الخيار فى

المكاسب، ج۳، ص ۲۹۹

الإجازة و الفسـخ لأنه ليس بابتداء ملك لأن الملك قد سـبق بالعقد انتهى لكن النسـبة لا تخلو عن تأمل لمن لاحظ باقى العبارة و قال

ابن سعيد قدس سره فى الجامع على ما حكى عنه إن المبيع يملك بالعقد و بانقضاء الخيار و قيل بالعقد و لا ينفذ تصرف المشترى إلا بعد انقضاء خيار البائع انتهى و قد تقدم حكاية التوقف عن ابن الجنيد أيضا

[الأقوى رأى المشهور و الاستدلال عليه]

اشارة

و كيف كان فالأقوى هو المشهور لعموم أدلة حل البيع و أكل المال إذا كانت تجارة عن تراض و غيرهما مما ظاهره كون العقد علة تامة- لجواز التصرف الذى هو من لوازم الملك و يدل عليه لفظ الخيار فى قولهم ع: البيعان بالخيار و ما دل على جواز النظر فى الجارية فى زمان الخيار إلى ما لا يحل له قبل ذلك فإنه يدل على الحل بعد العقد فى زمن الخيار إلا أن يلتزم بأنه نظير حل وطء المطلقة الرجعية الذى يحصل به الرجوع و يدل عليه ما تقدم فى أدلة بيع الخيار بشرط رد الثمن من كون نماء المبيع للمشترى و تلفه منه فيكشف ذلك عن ثبوت اللزوم و هو الملك إلا أن يلتزم بعدم كون ذلك من اشتراط الخيار بل من باب اشتراط انفساخ البيع برد الثمن و قد تقدم فى مسألة بيع الخيار بيان هذا الاحتمال و ما يشهد له من بعض العنوانات لكن تقدم أنه بعيد فى الغاية أو يقال إن النماء فى مورد الرواية نماء المبيع فى زمان لزوم البيع لأن الخيار يحدث برد مثل الثمن و إن ذكرنا فى تلك المسألة أن الخيار فى بيع الخيار المعنون عند الأصحاب ليس مشروطا حدوثه بالرد فى أدلة بيع الخيار إلا أن الرواية قابلة للحمل عليه إلا أن يتمسك بإطلاقه الشامل لما إذا جعل الخيار من أول العقد فى فسخه مقيدا برد مثل الثمن هذا مع أن الظاهر أن الشيخ يقول بالتوقف فى الخيار المنفصل أيضا

[الاستدلال للقول المشهور بالأخبار الواردة فى العينة و المناقشة فيه]

و ربما يتمسك بالأخبار الواردة فى العينة- و هى أن يشترى الإنسان شيئا بنسيئة ثم يبيعه بأقل منه فى ذلك المجلس نقدا لكنه لا دلالة لها من هذه الحيثية لأن بيعها على بائعها الأول و إن كان فى خيار المجلس أو الحيوان إلا أن بيعه عليه مسقط لخيارهما اتفاقا و قد صرح الشيخ فى المبسوط بجواز ذلك مع منعه عن بيعه على غير صاحبه فى المجلس نعم بعض هذه الأخبار يشتمل على فقرات يستأنس بهذا لمذهب المشهور مثل صحيح يسار بن يسار عن الرجل يبيع المتاع و يشتريه من صاحبه الذى يبيعه منه قال نعم لا بأس به: قلت أشترى متاعى فقال ليس هو متاعك و لا بقرك و لا غنمك فإن فى ذيلها دلالة على انتقال المبيع قبل انقضاء الخيار و لا استيناس بها أيضا عند التأمل لما عرفت من أن هذا البيع جائز عند القائل بالتوقف لسقوط خيارهما بالتواطى على هذا البيع كما عرفت التصريح به من المبسوط و يذب بذلك عن الإشكال المتقدم نظيره سابقا من أن الملك إذا حصل بنفس البيع الثانى مع أنه موقوف على الملك للزم الدور الوارد على من صحح البيع الذى يتحقق به الفسخ و حينئذ فيمكن أن يكون سؤال السائل بقوله اشترى متاعى من جهة ركوز مذهب الشيخ عندهم من عدم جواز البيع قبل الافتراق و يكون جواب الإمام ع مبنيا على جواز بيعه على البائع لأن تواطؤهما على البيع الثانى إسقاط للخيار من الطرفين كما فى صريح المبسوط. فقوله ليس هو متاعك إشارة إلى أن ما ينتقل إليك بالشراء إنما انتقل إليك بعد خروجه عن ملكك بتواطئكما على المعاملة الثانية المسقط لخيار كما لا بنفس العقد و هذا المعنى فى غاية الوضوح لمن تأمل فى فقه المسألة ثم لو سلم ما ذكر من الدلالة و الاستيناس لم يدفع به إلا القول بالنقل دون الكشف كما لا يخفى و مثل هذه الرواية فى عدم الدلالة و الاستيناس صحيحة محمد بن مسلم: عن رجل أتاه رجل فقال ابتع لى متاعا لعلى أشتريه منك بنقد

أو بنسیئة فابتاعه الرجل من أجله قال لیس به بأس إنما یشتریه منه بعد ما یملکه فإن الظاهر أن قوله إنما یشتریه إلخ إشارة إلی أن هذا لیس من بیع ما لیس عنده و أن بیعه لم یکن قبل استیجاب البیع مع الأول فقوله بعد ما یملکه إشارة إلی استیجاب العقد مع الأول کما یظهر من قولهم ع فی أخبار أخر واردة فی هذه المسألة و لا- توجب البیع قبل أن تستوجبه مع أن الغالب فی مثل هذه المعاملة قیام الرجل إلی مکان غیره لیأخذ منه المتاع و رجوعه إلی منزله لبیعه من صاحبه الذی طلب منه ذلک فیلزم العقد الأول بالتفرق و لو فرض اجتماعهما فی مجلس واحد کان تعریضه للبیع ثانیا بحضور البائع دالا عرفا علی سقوط خیاره و یسقط خیار المشتری بالتعریض للبیع و بالجملة لیس فی قوله بعد ما یملکه دلالة علی أن تملکه بنفس العقد مع أنها علی تقدیر الدلالة تدفع النقل لا الکشف کما لا یخفی

[ضعف ما استدل به فی التذکرة أیضا]

و نحوه فی الضعف الاستدلال فی التذکرة بما دل علی مال العبد المشتری لمشتریه مطلقا أو مع الشرط أو علم البائع من غیر تقیید بانقضاء الخیار إذ فیه أن الکلام مسوق لبیان ثبوت المال للمشتری علی نحو ثبوت العبد له و أنه یدخل فی شراء العبد حتی إذا ملک العبد ملک ماله مع أن الشیخ لم یثبت منه هذا القول فی الخیار المختص بالمشتری و التمسک بإطلاق الروایات لما إذا شرط البائع الخیار کما تری

[أشد ضعفا من الکل]

و أشد ضعفا من الکل ما قیل من أن المقصود للمتعاقدین و الذی وقع التراضی علیه انتقال کل من الثمن و المثمن حال العقد فهذه المعاملة إما صحیحة کذلک کما عند المشهور فثبت المطلوب أو باطلة من أصلها أو أنها صحیحة إلا أنها علی غیر ما قصداه و تراضیا علیه. توضیح الضعف أن مدلول العقد لیس هو الانتقال من حین العقد لکن الإنشاء لما کان علة لتحقق المنشئ عند تحققه کان الداعی علی الإنشاء حصول المنشئ عنده لکن العلیة إنما هو عند العرف فلا ینافی کونه فی الشرع سببا محتاجا إلی تحقق شرائط أخر بعده کالقبض فی السلم و الصرف و انقضاء الخیار فی محل الکلام فالعقد مدلوله مجرد التملیک و التملک مجردا عن الزمان لکنه عرفا علة تامة لمضمونه و إمضاء الشارع له تابع لمقتضی الأدلة فلیس فی تأخیر الإمضاء تخلف أثر العقد عن المقصود المدلول علیه بالعقد و إنما فیه التخلف عن داعی المتعاقدین و لا ضرر فیه و قد تقدم الکلام فی ذلک فی مسألة کون الإجازة کاشفة أو ناقلة

[الاستدلال بروایة الخراج بالضمان و المناقشة فیه]

و قد یستدل أیضا بالنبوی المشهور المذکور فی کتب الفتوی للخاصة و العامة علی جهة الاستناد إلیه و هو أن الخراج بالضمان بناء علی أن المبیع فی زمان الخیار المشترک أو المختص بالبائع فی ضمان المشتری فخراجه له و هی علامة ملکه و فیه أنه لم یعلم من القائلین بتوقف الملک علی انقضاء الخیار القول بکون ضمانه علی المشتری حتی یکون نماؤه له.

[العمدة فی قول المشهور]

و قد ظهر بما ذکرنا أن العمدة فی قول المشهور عموم أدلة حل البیع و

المكاسب، ج۳، ص ۳۰۰

التجارة عن تراض و أخبار الخيار

و استدل للقول الآخر - بما دل على كون تلف المبيع من مال البائع في زمان الخيار

اشارة

فيدل بضـميمة قاعدة كون التلف عن المالك لأنه مقابل الخراج على كونه فى ملك البائع مثل صـحيحة ابن سـنان: عن الرجل يشترى العبد أو الدابة بشرط إلى يوم أو يومين فيموت العبد أو الدابة أو يحدث فيه حدث على من ضمان ذلک فقال على البائع حتى ينقضى الشـرط ثلاثة أيام و يصـير المبيع للمشترى شرط له البائع أو لم يشترط قال و إن كان بينهما شرط أياما معدودة فهلک فى يد المشترى فهو من مال البائع و روايـة عبـد الرحمن بن أبى عبد الله قال: سألت أبا عبد الله ع عن الرجل اشترى أمة من رجل بشـرط يوما أو يومين فماتت عنده و قد قطع الثمن على من يكون ضـمان ذلک قال ليس على الذى اشترى ضمان حتى يمضى شرطه و مرسلة ابن رباط: إن حـدث فى الحيوان حـدث قبل ثلاثـة أيام فهو من مال البائع و النبوى المروى فى قرب الإسـناد: فى العبـد المشترى بشـرط فيموت قال يستحلف بالله ما رضيه ثم هو برىء من الضمان

[المناقشة في الاستدلال المذكور]

و هـذه الأخبار إنما تجـدى فى مقابل من ينكر تملک المشترى مع اختصاص الخيار و قد عرفت أن ظاهر المبسوط فى باب الشـفعة ما حكـاه عنه فى الـدروس من القطع بتملـک المشترى مع اختصاص الخيار و كـذلک ظاهر العبارة المتقدمـة عن الجامع و على أى حال فهذه الأخبار إما أن تجعل مخصـصة لأدلة المشـهور بضـميمة قاعدة تلازم الملک و الضـمان أو لقاعدة التلازم بضميمة أدلة المسألة- فيرجع بعـد التكـافؤ إلى أصالـة عـدم حـدوث الملک بالعقـد قبل انقضاء الخيار و لكن هـذا فرع التكافؤ المفقود فى المقام من جهات أعظمها الشهرة المحققة المؤيدة بالإجماع المحكى عن السرائر

[هل القول بالتوقف يشمل الخيار المنفصل]

ثم إن مقتضى إطلاق ما تقدم من عبارتى المبسوط و الخلاف من كون الخلاف فى العقد المقيد بشرط الخيار عمومه للخيار المنفصل عن العقد كما إذا شـرط الخيار من الغد كما أن مقتضـى تخصـيص الكلام بالعنوان المذكور عدم شـموله لخيار غير الشرط و الحيوان الذى يطلق عليه الشرط أيضا فخيار العيب و الغبن و الرؤية و التدليس الظاهر عدم جريان الخلاف فيها.

[اختصاص محل الكلام بخيارى الحيوان و الشرط]

و مما يـدل على الاختصاص أن ما ذكر من الأدلـة مختصة بالخيارين و أن الظاهر من لفظ الانقضاء فى تحريرات محل الخلاف انقطاع الخيار الزمانى و أما خيار المجلس فالظاهر دخوله فى محل الكلام لنص الشـيخ بذلک فى عبارته المتقدمة عنه فى باب الشفعة و لقوله فى الاسـتبصار إن العقـد سـبب لاسـتباحة الملـک إلا أنه مشـروط بأن يتفرقا بالأبـدان و لا يفسـخا العقـد و لنص الشـيخ فى الخلاف و المبسوط على أن التفرق كانقضـاء الخيار فى لزوم العقـد به و مراده من اللزوم تحقق علـة الملک لا مقابل الجواز كما لا يخفى مع أن

ظاهر عبارة الدروس المتقدمة فی مأخذ هذا الخلاف أن كل خيار يمنع من التصرف فی المبيع فهو داخل فيما يتوقف الملك على انقضائه و كذلك العبارة المتقدمة فی عنوان هذا الخلاف عن الجامع. و قد تقدم عن الشيخ فی صرف المبسوط أن خيار المجلس مانع عن التصرف فی أحد العوضين و من ذلك يظهر وجه آخر لخروج خيار العيب و إخوته عن محل الكلام فإن الظاهر عدم منعها من التصرف فی العوضين قبل ظهورها فلا بد أن يقول الشيخ باللزوم و الملك قبل الظهور و الخروج عن الملك بعد الظهور و تنجز الخيار و هذا غير لائق بالشيخ فثبت أن دخولها فی محل الكلام مستلزم إما لمنع التصرف فی موارد هذا الخيار و إما للقول بخروج المبيع عن الملك بعد دخوله و كلاهما غير لائق بالالتزام مع أن كلام العلامة فی المختلف كالصريح فی كون التملك بالعقد اتفاقيا فی المعيب لأنه ذكر فی الاستدلال أن المقتضی للملك موجود و الخيار لا يصلح للمنع كما فی بيع العيب و ذكر أيضا أنه لا منافاة بين الملك و الخيار كما فی المعيب و قد صرح الشيخ قدس سره فی المبسوط أيضا بأنه إذا اشترى شيئا فحصل منه نماء ثم وجد به عيبا رده دون نمائه محتجا بالإجماع و بالنبوی: الخراج بالضمان و سيجیء تتمة ذلك إن شاء الله تعالى.

مسألة و من أحكام الخيار كون المبيع فی ضمان من ليس له الخيار فی الجملة

اشارة

على المعروف بين القائلين بتملك المشتری بالعقد و توضيح هذه المسألة أن الخيار إذا كان للمشتری فقط من جهة الحيوان فلا إشكال و لا خلاف فی كون المبيع فی ضمان البائع- و يدل عليه ما تقدم فی المسألة السابقة من الأخبار- و كذلك الخيار الثابت له من جهة الشرط بلا خلاف فی ذلك لقوله ع فی ذيل صحيحة ابن سنان: و إن كان بينهما شرط أياما معدودة فهلك فی يد المشتری فهو من مال بائعه و لو كان للمشتری فقط خيار المجلس دون البائع فظاهر قوله ع: حتى ينقضی شرطه و يصير المبيع للمشتری كذلك بناء على أن المناط انقضاء الشرط الذی تقدم أنه يطلق على خيار المجلس فی الأخبار بل ظاهره أن المناط فی رفع ضمان البائع صيرورة المبيع للمشتری و اختصاصه به بحيث لا يقدر على سلبه عن نفسه و إلى هذا المناط ينظر تعليل هذا الحكم فی السرائر حيث قال فكل من كان له خيار فالمتاع يهلك من مال من ليس له خيار لأنه قد استقر عليه العقد و الذی له الخيار ما استقر عليه العقد و لزم فإن كان الخيار للبائع دون المشتری و كان المتاع قد قبضه المشتری و هلك فی يده كان هلاكه من مال المشتری دون البائع لأن العقد مستقر عليه و لازم من جهته

[قاعدة التلف فی زمان الخيار ممن لا خيار له]

و من هنا يعلم أنه يمكن بناء على فهم هذا المناط طرد الحكم فی كل خيار فتثبت القاعدة المعروفة من أن التلف فی زمن الخيار ممن لا خيار له من غير فرق بين أقسام الخيار و لا بين الثمن و المثمن كما يظهر من كلمات غير واحد من الأصحاب بل نسبه جماعة إلى إطلاق الأصحاب.

[كلمات الفقهاء فی المسألة]

اشارة

قال فی الدروس فی أحكام القبض و بالقبض ينتقل الضمان إلى القابض إذا لم يكن له خيار انتهى فإن ظاهره كفاية مطلق الخيار

للمشتری فی عدم ضمان المشتری للمبیع المقبوض و نحوه کلامه قدس سره فی اللمعة و فی جامع المقاصد فی شرح قول المصنف و لو ماتت الشاة المصراة أو الأمة المدلسة فلا شیء له و کذا لو تعیبت عنده قبل علمه بالتدلیس قال و تقیید الحکم بما قبل العلم غیر ظاهر لأن العیب إذا تجدد بعد علمه یکون کذلک إلا أن یقال إنه غیر مضمون علیه الآن لثبوت خیاره و لم أظفر فی کلام المصنف و غیره بشیء فی ذلک انتهی. و قال فی شرح قول المصنف قدس سره و لا یسقط الخیار بتلف العین مقتضی إطلاق کلامهم أنه لو تلف المبیع مع خیار الغبن للمشتری انفسخ البیع لاختصاص الخیار بالمشتری ثم تردد فیه و فی خیار الرؤیة و فی المسالک فی مسألة أن العیب الحادث یمنع من الرد بالعیب القدیم و أن الحادث فی أیام خیار الحیوان مضمون علی البائع قال و کذا کل خیار مختص بالمشتری و عن مجمع البرهان

المکاسب، ج۳، ص ۳۰۱

فی مسألة أن تلف المبیع بعد الثلاثة مع خیار التأخیر من البائع استنادا إلی عموم قاعدة تلف المال قبل القبض أن هذه القاعدة معارضة بقاعدة أخری و هی أن تلف المال فی الخیار المختص بالبائع من مال المشتری فإن الظاهر من جعل هذه قاعدة کونها مسلمة بین الأصحاب و صرح بنحو ذلک المحقق جمال الدین فی حاشیة الروضة و استظهر بعد ذلک اختصاصه بما بعد القبض معترفا بعمومها من جهات أخری

[ظاهر هذه الکلمات عدم الفرق بین أقسام الخیار و لا بین الثمن و المثمن]

و ظاهر هذه الکلمات عدم الفرق بین أقسام الخیار و لا بین الثمن و المثمن و لا بین الخیار المختص بالبائع و المختص بالمشتری و لذا نفی فی الریاض الخلاف فی أن التلف فی مدة الخیار ممن لا خیار له و فی مفتاح الکرامة أن قولهم التلف فی مدة الخیار ممن لا خیار له قاعدة لا خلاف فیها ثم ذکر فیه تبعا للریاض أن الحکم فی بعض أفراد المسألة مطابق للقاعدة

[الإنصاف عدم شمول کلماتهم لمطلق الخیار]

لکن الإنصاف أنه لم یعلم من حال أحد من معتبری الأصحاب الجزم بهذا التعمیم فضلا عن اتفاقهم علیه فإن ظاهر قولهم التلف فی زمان الخیار هو الخیار الزمانی و هو الخیار الذی ذهب جماعة إلی توقف الملک علی انقضائه لا مطلق الخیار لیشمل خیار الغبن و الرؤیة و العیب و نحوها أ لا تری أنهم اتفقوا علی أنه إذا مات المعیب لم یکن مضمونا علی البائع و لو کان الموت بعد العلم بالعیب أ لا تری أن المحقق الثانی ذکر أن الاقتصاص من العبد الجانی إذا کان فی خیار المشتری کان من ضمان البائع و أما ما نقلنا عنه سابقا فی شرح قوله و لو تعیب قبل علمه بالتدلیس فهو مجرد احتمال حیث اعترف فیه بأنه لم یظفر علی شیء مع أنه ذکر فی شرح قول المصنف فی باب العیوب و کل عیب تجدد فی الحیوان بعد القبض و قبل انقضاء الخیار فإنه لا یمنع الرد فی الثلاثة نفی ذلک الاحتمال علی وجه الجزم حیث قال الخیار الواقع فی العبارة یراد به خیار الحیوان و کذا کل خیار یختص بالمشتری کخیار الشرطة له و هل خیار الغبن و الرؤیة کذلک یبعد القول به خصوصا علی القول بالفوریة لا خیار العیب لأن العیب الحادث یمنع من الرد بالعیب القدیم قطعا انتهی و من ذلک یعلم حال ما نقلناه عنه فی خیار الغبن فلم یبق فی المقام ما یجوز الرکون إلیه إلا ما أشرنا إلیه من أن مناط خروج المبیع عن ضمان البائع علی ما یستفاد من قوله ع: حتی ینقضی شرطه و یصیر المبیع للمشتری هو انقضاء خیار المشتری الذی یطلق علیه الشرط فی الأخبار و صیرورة المبیع مختصا بالمشتری لازما علیه بحیث لا یقدر علی سلبه عن نفسه فیدل علی أن کل من له شرط و لیس المعوض الذی وصل إلیه لازما علیه فهو غیر ضامن له حتی ینقضی شرطه و یصیر مختصا به لازما علیه

[عدم شمول صحيحة ابن سنان لمطلق الخيار أيضا]

و فی الاعتماد علی هذا الاستظهار تأمل فی مقابلة القواعد مع أنه یمکن منع دلالة هذا المناط المستنبط علیه لأن ظاهر الصحیحة الاختصاص بما کان التزلزل و عدم کون المبیع لازما علی المشتری ثابتا من أول الأمر کما یظهر من لفظة حتی الظاهرة فی الابتداء و هذا المعنی مختص بخیار المجلس و الحیوان و الشرط و لو کان منفصلا بناء علی أن البیع متزلزل و لو قبل حضور زمان الشرط و لذا ذکرنا جریان الخلاف فی المسألتین السابقتین فیه. و أما الغبن و العیب و الرؤیة و تخلف الشرط و تفلیس المشتری و تبعض الصفقة فهی توجب التزلزل عند ظهورها بعد لزوم العقد. و الحاصل أن ظاهر الروایة استمرار الضمان الثابت قبل القبض إلی أن یصیر المبیع لازما علی المشتری و هذا مختص بالبیع المتزلزل من أول الأمر فلا- یشمل التزلزل المسبوق باللزوم بأن یکون المبیع فی ضمان المشتری بعد القبض ثم یرجع بعد عروض التزلزل إلی ضمان البائع فاتضح بذلک أن الصحیحة مختصة بالخیارات الثلاثة علی تأمل فی خیار المجلس

ثم إن مورد هذه القاعدة إنما هو ما بعد القبض

و أما قبل القبض فلا إشکال و لا خلاف فی کونه من البائع من غیر التفات إلی الخیار فلا تشمل هذه القاعدة خیار التأخیر.

و أما عموم الحکم للثمن و المثمن

بأن یکون تلف الثمن فی مدة خیار البائع المختص به من مال المشتری فهو غیر بعید نظرا إلی المناط الذی استفدناه- و یشمله ظاهر عبارة الدروس المتقدمة مضافا إلی استصحاب ضمان المشتری له الثابت قبل القبض و توهم عدم جریانه مع اقتضاء القاعدة کون الضمان من مال المالک خرج منه ما قبل القبض مدفوع بأن الضمان الثابت قبل القبض و بعده فی مدة الخیار لیس مخالفا لتلک القاعدة لأن المراد به انفساخ العقد و دخول العوض فی ملک صاحبه الأصلی و تلفه من ماله نعم هو مخالف لأصالة عدم الانفساخ و حیث ثبت المخالفة قبل القبض فالأصل بقاؤها بعد القبض فی مدة الخیار نعم یبقی هنا أن هذا مقتضی لکون تلف الثمن فی مدة خیار البیع الخیاری من المشتری- فینفسخ البیع و یرد المبیع إلی البائع و التزام عدم الجریان من حیث إن الخیار فی ذلک البیع إنما یحدث بعد رد الثمن أو مثله فتلف الثمن فی مدة الخیار إنما یتحقق بعد رده قبل الفسخ لا قبله مدفوع بما أشرنا إلیه سابقا من منع ذلک مع أن المناط فی ضمان غیر ذی الخیار لما انتقل عنه إلی ذی الخیار تزلزل البیع المتحقق و لو بالخیار المنفصل کما أشرنا سابقا

[جریان القاعدة إذا کان الثمن شخصیا]

فالأولی الالتزام بجریان هذه القاعدة إذا کان الثمن شخصیا- بحیث یکون تلفه قبل قبضه موجبا لانفساخ البیع فیکون کذلک بعد القبض مع خیار البائع و لو منفصلا عن العقد.

[إذا کان الثمن أو المثمن کلیا]

و أما إذا کان الثمن کلیا فحاله حال المبیع إذا کان کلیا کما إذا اشتری طعاما کلیا بشرط الخیار له إلی مدة فقبض فردا منه فتلف فی یده فإن الظاهر عدم ضمانه علی البائع لأن مقتضی ضمان المبیع فی مدة الخیار علی من لا خیار له علی ما فهمه غیر واحد بقاؤه علی ما کان علیه قبل القبض و دخول الفرد فی ملک المشتری لا یستلزم انفساخ العقد بل معنی الضمان بالنسبة إلی الفرد صیرورة الکلی

کغیر المقبوض و هذا مما لا یدل علیه الأخبار المتقدمة فتأمل.

[ظاهر کلام الأصحاب أن المراد بضمان من لا خیار له انفساخ العقد]

ثم إن ظاهر کلام الأصحاب و صریح جماعة منهم کالمحقق و الشهید الثانیین أن المراد بضمان من لا خیار له لما انتقل إلی غیره هو بقاء الضمان الثابت قبل قبضه- و انفساخ العقد آنا ما قبل التلف و هو الظاهر أیضا من قول الشهید قدس سره فی الدروس و بالقبض ینتقل الضمان إلی القابض ما لم یکن له خیار حیث إن مفهومه أنه مع خیار القابض لا ینتقل الضمان إلیه بل یبقی علی ناقله الثابت قبل القبض. و قد عرفت أن معنی الضمان قبل القبض هو تقدیر انفساخ العقد و تلفه فی ملک ناقله بل هو ظاهر القاعدة و هی أن التلف فی مدة الخیار ممن

المکاسب، ج۳، ص ۳۰۲

لا- خیار له فإن معنی تلفه منه تلفه مملوکا له مع أن ظاهر الأخبار المتقدمة الدالة علی ضمان البائع للمبیع فی مدة خیار المشتری بضمیمة قاعدة عدم ضمان الشخص لما یتلف فی ملک مالکه و قاعدة التلازم بین الضمان و الخراج فإنا إذا قدرنا المبیع فی ملک البائع آنا ما لم یلزم مخالفة شیء من القاعدتین. و الحاصل أن إرادة ما ذکرنا من الضمان مما لا ینبغی الریب فیها

[ظاهر الدروس عدم الانفساخ]

و مع ذلک کله فظاهر عبارة الدروس فی الفرع السادس من فروع خیار الشرط یوهم بل یدل علی عدم الانفساخ قال قدس سره لو تلف المبیع قبل قبض المشتری بطل البیع و الخیار و بعده لا یبطل الخیار و إن کان التلف من البائع کما إذا اختص الخیار بالمشتری فلو فسخ البائع رجع بالبدل فی صورة عدم ضمانه و لو فسخ المشتری رجع بالثمن و غرم البدل فی صورة ضمانه و لو أوجبه المشتری فی صورة التلف قبل القبض لم یؤثر فی تضمین البائع القیمة أو المثل و فی انسحابه فیما لو تلف بیده فی خیاره نظر انتهی و العبارة محتاجة إلی التأمل من وجوه.

[ظاهر التذکرة أیضا عدم الانفساخ]

و قد یظهر ذلک من إطلاق عبارة التذکرة قال لو تلف المبیع بآفة سماویة فی زمن الخیار فإن کان قبل القبض انفسخ البیع قطعا و إن کان بعده لم یبطل خیار المشتری و لا البائع و یجب القیمة علی ما تقدم ثم حکی عن الشافعیة وجهین فی الانفساخ بعد القبض و عدمه بناء علی الملک بالعقد و یمکن حمله علی الخیار المشترک کما أن قوله فی القواعد لا یسقط الخیار بتلف العین محمول علی غیر صورة ضمان البائع للمبیع لما عرفت من تعین الانفساخ فیها و ربما یحتمل أن معنی قولهم إن التلف ممن لا خیار له أن علیه ذلک إذا فسخ صاحبه لا أنه ینفسخ کما فی التلف قبل القبض و أما حیث یوجب المشتری فیحتمل أنه یتخیر بین الرجوع علی البائع بالمثل أو القیمة و بین الرجوع بالثمن و یحتمل تعین الرجوع بالثمن و یحتمل أن لا یرجع بشیء فیکون معنی له الخیار أن له الفسخ.

[لو کان التالف هو البعض]

ثم الظاهر أن حکم تلف البعض حکم تلف الکل- و کذا حکم تلف الوصف الراجع إلی وصف الصحة بلا خلاف علی الظاهر لقوله فی الصحیحة السابقة: أو یحدث فیه حدث فإن المراد بالحدث أعم من فوات الجزء و الوصف

[إذا کان التلف بالإتلاف]

هذا كله إذا تلف بآفة سماوية و منها حكم الشارع عليه بالإتلاف- و أما إذا كان بإتلاف ذى الخيار سقط به خياره و لزم العقد من جهته و إن كان بإتلاف غير ذى الخيار لم يبطل خيار صاحبه فيتخير بين إمضاء العقد و الرجوع بالقيمة و الفسخ و الرجوع بالثمن

[لو كان الإتلاف من الأجنبى]

و إن كان بإتلاف أجنبى تخير أيضا بين الإمضاء و الفسخ و هل يرجع حينئذ بالقيمة إلى المتلف أو إلى صاحبه أو يتخير وجوه من أن البدل القائم مقام العين فى ذمة المتلف فيسترده بالفسخ و لأن الفسخ موجب لرجوع العين قبل تلفها فى ملك الفاسخ أو لاعتبارها عند الفسخ ملكا تالفا للفاسخ بناء على الوجهين فى اعتبار يوم التلف أو يوم الفسخ و على التقديرين فهى فى ضمان المتلف كما لو كانت العين فى يد الأجنبى و من أنه إذا دخل الثمن فى ملك من تلف المثمن فى ملكه خرج عن ملكه بدل المثمن و صار فى ذمته لأن ضمان المتلف محله الذمة لا الأمور الخارجية و ما فى ذمة المتلف إنما تشخص مالا للمالك و كونه بدلا عن العين إنما هو بالنسبة إلى التلف من حيث وجوب دفعه إلى المالك كالعين لو وجدت لا أنه بدل خارج يترتب عليه جميع أحكام العين حتى بالنسبة إلى غير التلف فهذا البدل نظير بدل العين لو باعها المشترى ففسخ البائع فإنه لا يتعين للدفع إلى الفاسخ و أما الفسخ فهو موجب لرجوع العين قبل تلفها مضمونة لمالكها على متلفها بالقيمة فى ملك الفاسخ فيكون تلفها بهذا الوصف مضمونا على المالك لا المتلف و من كون يد المفسوخ عليه يد ضمان بالعوض قبل الفسخ و بالقيمة بعده و إتلاف الأجنبى أيضا سبب للضمان فيتخير فى الرجوع و هذا أضعف الوجوه

مسألة و من أحكام الخيار [هل يسقط الخيار بتلف العين]

ما ذكره فى التذكرة فقال لا يجب على البائع تسليم المبيع و لا على المشترى تسليم الثمن فى زمان الخيار و لو تبرع أحدهما بالتسليم لم يبطل خياره و لا يجبر الآخر على تسليم ما عنده و له استرداد المدفوع قضية للخيار و قال بعض الشافعية ليس له استرداده و له أخذ ما عند صاحبه بدون رضاه كما لو كان التسليم بعد لزوم البيع انتهى و يظهر منه أن الخلاف بين المسلمين إنما هو بعد اختيار أحدهما التسليم و أما التسليم ابتداء فلا يجب من ذى الخيار إجماعا ثم إنه إن أريد عدم وجوب التسليم على ذى الخيار من جهة أن له الفسخ فلا يتعين عليه التسليم فمرجعه إلى وجوب أحد الأمرين عليه و الظاهر أنه غير مراد و إن أريد عدم تسلط المالك على ما انتقل إليه إذا كان للناقل خيار فلذا يجوز منعه عن ماله ففيه نظر من جهة عدم الدليل المخصص لعموم سلطنة الناس على أموالهم. و بالجملة فلم أجد لهذا الحكم وجها معتمدا و لم أجد من عنونه و تعرض لوجهه.

مسألة [هل يسقط الخيار بتلف العين]

اشارة

قال فى القواعد لا يبطل الخيار بتلف العين و هذا الكلام ليس على إطلاقه كما اعترف به فى جامع المقاصد فإن من جملة أفراد الخيار خيار التأخير بل مطلق الخيار قبل القبض أو الخيار المختص بعده و من المعلوم أن تلف العين حينئذ موجب لانفساخ العقد فلا يبقى خيار فيكون المراد التلف مع بقاء العقد على حاله لا يوجب سقوط الخيار و بعبارة أخرى تلف العين فى ملك من فى يده لا يسقط به خياره و لا خيار صاحبه و هو كذلك لأن الخيار كما عرفت عبارة عن ملك فسخ العقد و معلوم أن العقد بعد التلف قابل للفسخ و لذا يشرع الإقالة حينئذ اتفاقا فلا مزيل لهذا الملك بعد التلف و لا مقيد له بصورة البقاء اللهم إلا أن يعلم من الخارج أن شرع الخيار لدفع ضرر الصبر على نفس العين فينتفى هذا الضرر بتلف العين كما فى العيب فإن تخيره بين الرد و الأرش لأن الصبر على العيب ضرر و لو

مع أخذ الأرش فتداركه الشارع بملك الفسخ و الرد فإذا تلف انتفى حكمة الخيار أو يقال إنه إذا كان دليل الخيار معنونا بجواز الرد لا بالخيار اختص ثبوت الخيار بصورة تحقق الرد المتوقف على بقاء العين هذا مع قيام الدليل على سقوط الخيار بتلف المعيب و المدلس فيه فلا يرد عدم اطراد تلك الحكمة.

[مواضع التردد فی ثبوت الخيار مع التلف]

اشارة

نعم هنا موارد تأملوا فی ثبوت الخيار مع التلف أو يظهر منهم العدم

[ما ذكره العلامة]

كما تردد العلامة قدس سره فی باب المرابحة فيما لو ظهر كذب البائع مرابحة فی إخباره برأس المال بعد تلف المتاع بل عن المبسوط و بعض آخر الجزم بالعدم- نظرا إلى أن الرد إنما يتحقق مع بقاء العين و فيه إشارة إلى ما ذكرنا من أن الثابت هو جواز الرد فيختص الفسخ بصورة تحققه لكن قوی فی المسالك و جامع
المكاسب، ج۳، ص ۳۰۳
المقاصد ثبوت الخيار لوجود المقتضی و عدم المانع

[ما ذكره المحقق الثانی]

و كما تردد المحقق الثانی فی سقوط خيار الغبن بتلف المغبون فيه و ظاهر تعليل العلامة فی التذكرة عدم الخيار مع نقل المغبون العين عن ملكه بعدم إمكان الاستدراك حينئذ هو عدم الخيار مع التلف و الأقوى بقاؤه لأن العمدة فيه نفی الضرر الذی لا يفرق فيه بين بقاء العين و عدمه مضافا إلى إطلاق قوله ع:
و هم بالخيار إذا دخلوا السوق مع أنه لو استند إلى الإجماع أمكن التمسك بالاستصحاب إلا أن يدعى انعقاده على التسلط على الرد فيختص بصورة البقاء و الحق فی جامع المقاصد بخيار الغبن فی التردد خيار الرؤية.

و من مواضع التردد ما إذا جعل المتعاقدان الخيار

على وجه إرادتهما التسلط على مجرد الرد المتوقف على بقاء العين فإن الفسخ و إن لم يتوقف على بقاء العين إلا أنه إذا فرض الغرض من الخيار الرد أو الاسترداد فلا يبعد اختصاصه بصورة البقاء و التمكن من الرد و الاسترداد و إن كان حكمه فی خياری المجلس و الحيوان إلا أن الحكم أعم موردا من الحكمة إذا كان الدليل يقتضی العموم بخلاف ما إذا كان إطلاق جعل المتعاقدين مقيدا على وجه التصريح به فی الكلام أو استظهاره منه بعد تعلق الغرض إلا بالرد أو الاسترداد و من هنا يمكن القول بعدم بقاء الخيار المشروط برد الثمن فی البيع الخياری إذا تلف المبيع عند المشتری لأن الثابت من اشتراطهما هو التمكن من استرداد المبيع بالفسخ عند رد الثمن

لا التسلط على مطلق الفسخ المشروط مطلقا و لو عند التلف لكن لم أجد من التزم بذلك أو تعرض له و من هنا يمكن أن يقال في هذا المقام و إن كان مخالفا للمشهور بعدم ثبوت الخيار عند التلف إلا في موضع دل عليه الدليل إذ لم تدل أدلة الخيار من الأخبار و الإجماع- الأعلى التسلط على الرد أو الاسترداد و ليس فيها التعرض للفسخ المتحقق مع التلف أيضا و إرادة ملك الفسخ من الخيار غير متعينة في كلمات الشارع لما عرفت في أول باب الخيارات من أنه استعمال غالب في كلمات بعض المتأخرين نعم لو دل الدليل الشرعي على ثبوت خيار الفسخ المطلق الشامل لصورة التلف أو جعل المتبايعان بينهما خيار الفسخ بهذا المعنى ثبت مع التلف أيضا و الله العالم.

التلف أو جعل المتبايعان بينهما خيار الفسخ بهذا المعنى ثبت مع التلف أيضا و الله العالم.

مسألة لو فسخ ذو الخيار فالعين في يده مضمونة

بلا خلاف على الظاهر لأنها كانت مضمونة قبل الفسخ إذ لم يسلمها ناقلها إلا في مقابل العوض و الأصل بقاؤه إذ لم يتجدد ما يدل على رضا مالكه بكونه في يد الفاسخ أمانة إذ الفسخ إنما هو من قبله. و الغرض من التمسك بضمانها قبل الفسخ بيان عدم ما يقتضي كونها أمانة مالكية أو شرعية ليكون غير مضمونة برضا المالك أو بجعل الشارع و إذن الشارع في الفسخ لا يستلزم رفع الضمان عن اليد كما في القبض بالسوم و مرجع ذلك إلى عموم على اليد ما أخذت أو إلى أنها قبضت مضمونة فإذا بطل ضمانه بالثمن المسمى تعين ضمانه بالعوض الواقعي أعني المثل أو القيمة كما في البيع الفاسد هذا و لكن المسألة لا تخلو عن إشكال. و أما العين في يد المفسوخ عليه ففي ضمانها أو كونها أمانة إشكال مما في التذكرة من أنه قبضها قبض ضمان فلا يزول إلا بالرد إلى مالكها و من أن الفسخ لما كان من قبل الآخر فتركه العين في يد صاحبه مشعر بالرضا به المقتضي للاستئمان و ضعفه في جامع المقاصد بأن مجرد هذا لا يسقط الأمر الثابت و الله العالم

هذا بعض الكلام في الخيارات و أحكامها و الباقي محمول إلى الناظر الخبير بكلمات الفقهاء و الحمد لله و صلى الله على محمد و آله

القول في النقد و النسيئة

[أقسام البيع باعتبار تأخير و تقديم أحد العوضين]

قال في التذكرة ينقسم البيع باعتبار التأخير و التقديم- في أحد العوضين إلى أربعة أقسام بيع الحاضر بالحاضر و هو النقد و بيع المؤجل بالمؤجل و هو بيع الكالئ بالكالئ و بيع الحاضر بالثمن المؤجل و هي النسيئة و بيع المؤجل بالحاضر و هو السلم و المراد بالحاضر أعم من الكلي و بالمؤجل خصوص الكلي

مسألة إطلاق العقد يقتضي النقد

اشارة

و علله في التذكرة بأن قضية العقد انتقال كل من العوضين إلى الآخر فيجب الخروج عن العهدة متى طولب صاحبها فيكون المراد من النقد عدم حق للمشتري في تأخير الثمن و المراد المطالبة مع الاستحقاق بأن يكون قد بذل المثمن أو مكن منه على الخلاف الآتي في زمان وجوب تسليم الثمن على المشتري. و يدل على الحكم المذكور أيضا الموثق: في رجل اشترى من رجل جارية بثمن مسمى ثم افترقا قال وجب البيع و الثمن إذا لم يكونا شرطا فهو نقد

فلو اشترطا تعجیل الثمن

کان تأکیدا لمقتضی الإطلاق علی المشهور- بناء علی ما هو الظاهر عرفا من هذا الشرط من إرادة عدم المماطلة و التأخیر عن زمان المطالبة لا أن یجعل بدفعه من دون مطالبة إذ لا یکون تأکیدا حینئذ لکنه خلاف متفاهم ذلک الشرط الذی هو محط نظر المشهور مع أن مرجع عدم المطالبة فی زمان استحقاقها إلی إلغاء هذا الحق المشترط فی هذا المقدار من الزمان

[فائدة اشتراط التعجیل]

و کیف کان فذکر الشهید رحمه الله فی الدروس أن فائدة الشرط ثبوت الخیار إذا عین زمان النقد فأخل المشتری به و قوی الشهید الثانی ثبوت الخیار مع الإطلاق أیضا یعنی عدم تعیین الزمان إذا أخل به فی أول وقته و هو حسن و لا یقدح فی الإطلاق عدم تعین زمان التعجیل لأن التعجیل المطلق معناه الدفع فی أول أوقات الإمکان عرفا و لا حاجة إلی تقیید الخیار هنا بصورة عدم إمکان الإجبار علی التعجیل لأن المقصود هنا ثبوت الخیار بعد فوات التعجیل أمکن إجباره به أم لم یمکن وجب أو لم یجب فإن مسألة أن ثمرة الشرط ثبوت الخیار مطلقا أو بعد تعذر إجباره علی الوفاء مسألة أخری مضافا إلی عدم جریانها فی مثل هذا الشرط إذ قبل زمان انقضاء زمان نقد الثمن لا یجوز الإجبار و بعده لا ینفع لأنه غیر الزمان المشروط فیه الأداء

مسألة یجوز اشتراط تأجیل الثمن مدة معینة

اشارة

غیر محتملة مفهوما و لا مصداقا للزیادة و النقصان غیر المسامح فیهما فلو لم یعین کذلک بطل بلا خلاف ظاهرا للغرر و لما دل فی السلم الذی هو عکس المسألة علی وجوب تعیین الأجل و عدم جواز السلم إلی دیاس أو حصاد

و لا فرق فی الأجل المعین بین الطویل و القصیر

و عن الإسکافی المنع من التأخیر إلی ثلاث سنین و قد یستشهد له بالنهی عنه فی بعض الأخبار مثل روایة أحمد بن محمد: قلت لأبی الحسن إنی أرید الخروج إلی بعض الجبال إلی أن قال إنا إذا بعناهم نسیئة کان أکثر للربح فقال فبعهم بتأخیر سنة قلت بتأخیر سنتین قال نعم قلت بتأخیر ثلاث سنین قال لا. و المحکی عن قرب الإسناد عن البزنطی: أنه قال لأبی الحسن الرضا ع إن هذا الجبل قد فتح منه علی الناس باب رزق فقال ع إذا أردت

المکاسب، ج۳، ص ۳۰۴

الخروج فاخرج فإنها سنة مضطربة و لیس للناس بد من معاشهم فلا تدع الطلب فقلت إنهم قوم ملاء و نحن نحتمل التأخیر فنبایعهم بتأخیر سنة قال بعهم قلت سنین قال بعهم قلت ثلاث سنین قال لا یکون لک شیء أکثر من ثلاث سنین. و ظاهر الخبرین الإرشاد لا التحریم فضلا عن الفساد-

و هل یجوز الإفراط فی التأخیر

إذا لم یصل إلی حد یکون البیع منه سفها و الشراء أکلا للمال بالباطل فیه وجهان قال فی الدروس لو تمادی الأجل إلی ما لا یبقی إلیه المتبایعان غالبا کألف سنة ففی الصحة نظر من حیث خروج الثمن عن الانتفاع به و من الأجل المضبوط و حلوله بموت المشتری و هو أقرب و ما قربه هو الأقرب لأن ما فی الذمة و لو کان مؤجلا بما ذکر مال یصح الانتفاع به فی حیاته بالمعاوضة علیه بغیر البیع بل و

بالبيع كما اختاره فى التذكرة. نعم يبقى الكلام فى أنه إذا فرض حلول الأجل شرعا بموت المشترى كان اشتراط ما زاد على ما يحتمل بقاء المشترى إليه لغوا بل مخالفا للمشروع حيث إن الشارع أسقط الأجل بالموت و الاشتراط المذكور تصريح ببقائه بعده فيكون فاسدا بل ربما كان مفسدا و إن أراد المقدار المحتمل للبقاء كان اشتراط مدة مجهولة فافهم.

ثم إن المعتبر فى تعيين المدة هل هو تعيينها فى نفسها

و إن لم يعرفها المتعاقدان فيجوز التأجيل إلى انتقال الشمس إلى بعض البروج كالنيروز و المهرجان و نحوهما- أم لا بد من معرفة المتعاقدين بهما حين العقد وجهان أقواهما الثانى- تبعا للدروس و جامع المقاصد لقاعدة نفى الغرر و ربما احتمل الاكتفاء فى ذلك بكون هذه الآجال مضبوطة فى نفسها كأوزان البلدان مع عدم معرفة المصداق حيث إنه له شراء وزنه مثلا بعبارة بلد مخصوص و إن لم يعرف مقدارها و ربما استظهر ذلك من التذكرة و لا يخفى ضعف منشأ هذا الاحتمال إذ المضبوطية فى نفسه غير مجد فى مقام يشترط فيه المعرفة إذا المراد بالأجل غير القابل للزيادة و النقيصة ما لا يكون قابلا لهما حتى فى نظر المتعاقدين لا فى الواقع و لذا أجمعوا على عدم جواز التأجيل إلى موت فلان مع أنه مضبوط فى نفسه و ضبطه عند غير المتعاقدين لا يجدى أيضا و ما ذكر من قياسه على جواز الشراء بعيار بلد مخصوص لا نقول به بل المعين فيه البطلان مع الغرر عرفا كما تقدم فى شروط العوضين و ظاهر التذكرة اختيار الجواز حيث قال بجواز التوقيت بالنيروز و المهرجان لأنه معلوم عند العامة و كذا جواز التوقيت ببعض أعياد أهل الذمة إذا عرفه المسلمون لكن قال بعد ذلك و هل يعتبر معرفة المتعاقدين قال بعض الشافعية نعم و قال بعضهم لا يعتبر و يكتفى بمعرفة الناس و سواء اعتبر معرفتهما أولا و لو عرفا كفى انتهى ثم الأقوى اعتبار معرفة المتعاقدين و التفاتهما إلى المعنى حين العقد فلا يكفى معرفتهما به عند الالتفات و الحساب

مسألة لو باع بثمن حالا و بأزيد منه مؤجلا

اشارة

ففى المبسوط و السرائر و عن أكثر المتأخرين أنه لا يصح- و علله فى المبسوط و غيره بالجهالة كما لو باع إما هذا العبد و إما ذاك و يدل عليه أيضا ما رواه فى الكافى أنه ع قال: من ساوم بثمنين أحدهما عاجلا و الآخر نظرة فليسم أحدهما قبل الصفقة

[أدلة القول بالبطلان]

و يؤيده ما ورد من النهى عن شرطين فى بيع و عن بيعين فى بيع بناء عن تفسيرهما بذلك. و عن الإسكافى كما عن الغنية أنه روى عن النبى ص أنه قال: لا يحل صفقتان فى واحدة قال و ذلك بأن يقول إن كان بالنقد فبكذا و إن كان بالنسيئة فبكذا إلا أن فى رواية محمد بن قيس المعتبرة أنه قال أمير المؤمنين ع: من باع سلعة و قال ثمنها كذا و كذا يدا بيد و كذا نظرة فخذها بأى ثمن شئت و جعل صفقتها واحدة فليس له إلا أقلهما و إن كانت نظرة. و فى رواية السكونى عن جعفر عن أبيه عن آبائه: أن عليا ع قضى فى رجل باع بيعا و اشترط شرطين بالنقد كذا و بالنسيئة كذا فأخذ المتاع على ذلك الشرط فقال هو بأقل الثمنين و أبعد الأجلين فيقول ليس له إلا- أقل النقدين إلى الأجل الذى أجله نسيئة و عن ظاهر جماعة من الأصحاب العمل بهما- و نسب إلى بعض هؤلاء القول بالبطلان

[كلمات الفقهاء فى المسألة]

فالأولى تبعا للمختلف الاقتصار على نقل عبارة كل هؤلاء من دون إسناد أحد القولين إليهم قال فى المقنعة لا يجوز البيع بأجلين على التخيير كقوله هذا المتاع بدرهم نقدا و بدرهمين إلى شهر أو سنة أو بدرهم إلى شهر و بدرهمين إلى شهرين فإن ابتاع إنسان شيئا على هذا الشرط كان عليه أقل الثمنين فى آخر الأجلين و هذا الكلام يحتمل التحريم و يحتمل الحمل على ما إذا تلف المبيع فإن اللازم مع فرض فساد البيع بالأقل الذى بيع به نقدا لأنه قيمة ذلك الشىء و معنى قوله فى آخر الأجلين أنه لا يزيد على الأقل و إن تأخر الدفع إلى آخر الأجلين أو المراد جواز التأخير لرضا البائع بذلك و يحتمل إرادة الكراهة كما عن ظاهر السيد قدس سره فى الناصريات- أن المكروه أن يبيع بثمنين بقليل إن كان الثمن نقدا و بأكثر إن كان نسيئة و يحتمل الحمل على فساد اشتراط زيادة الثمن مع تأخير الأجل لكن لا يفسد العقد كما سيجىء و عن الإسكافى أنه بعد ما تقدم عنه من النبوى الظاهر فى التحريم قال و لو عقد البائع للمشترى كذلك و جعل الخيار إليه لم أختر للمشترى أن يقدم على ذلك فإن فعل و هلكت السلعة لم يكن للبائع إلا أقل الثمنين لإجازته البيع به و كان للمشترى الخيار فى تأخير الثمن الأقل إلى المدة التى ذكرها البائع بالثمن الأوفى من غير زيادة على الثمن الأقل. و فى النهاية فإن ذكر المتاع بأجلين و نقدين على التخيير مثل أن يقول بعتك هذا بدينار أو درهم عاجلا أو إلى شهر أو سنة أو بدينارين أو درهمين إلى شهر أو شهرين أو سنتين كان البيع باطلا فإن أمضى البيعان ذلك بينهما كان للبائع أقل الثمنين فى آخر الأجلين انتهى. و عن موضع من الغنية قد قدمنا أن تعليق البيع بأجلين و ثمنين كقوله بعت إلى مدة بكذا و إلى أخرى بكذا يفسده فإن تراضيا بإنفاذه كان للبائع أقل الثمنين فى أبعد الأجلين بدليل إجماع الطائفة و عن سلار و ما علق بأجلين و هو أن يقول بعتك هذه السلعة إلى عشرة أيام بدرهم و إلى شهرين بدرهمين كان باطلا غير منعقد و هو المحكى عن ابن الصلاح و عن القاضى من باع شيئا بأجلين على التخيير مثل أن يقول أبيعك هذا بدينار أو بدرهم عاجلا و بدرهمين أو دينار إلى شهر أو شهور أو سنة أو سنتين كان باطلا فإن أمضى البيعان ذلك بينهما كان للبائع أقل الثمنين فى آخر الأجلين و قال

المكاسب، ج۳، ص ۳۰۵

فى المختلف بعد تقوية المنع و يمكن أن يقال إنه رضى بالثمن الأقل فليس له الأكثر فى البعيد و إلا لزم الربا إذ يبقى الزيادة فى مقابل تأخير الثمن لا غير فإذا صبر إلى البعيد لم يجب له الأكثر من الأقل انتهى و فى الدروس أن الأقرب الصحة و لزوم الأقل و يكون التأخير جائزا من طرف المشترى لازما من طرف البائع لرضاه بالأقل فالزيادة ربا و لذا ورد النهى عنه و هو غير مانع من صحة البيع انتهى. أقول لكنه مانع من لزوم الأجل من طرف البائع لأنه فى مقابل الزيادة الساقطة شرعا إلا أن يقال إن الزيادة ليست فى مقابل الأجل- بل هى فى مقابل إسقاط البائع حقه من التعجيل الذى يقتضيه العقد لو خلى و طبعه و الزيادة و إن كانت لكنه ربا كما سيجىء إلا أن فساد المقابلة لا يقتضى فساد الإسقاط كما احتمل ذلك فى مصالحة حق القصاص بعبد يعلمان استحقاق الغير له أو حريته بل قال فى التحرير بالرجوع إلى الدية و حينئذ فلا يستحق البائع الزيادة و لا المطالبة قبل الأجل لكن المشترى لو أعطاه وجب عليه القبول إذ لم يحدث له بسبب المقابلة الفاسدة حق فى التأجيل حتى يكون له الامتناع من القبول قبل الأجل و إنما سقط حقه من التعجيل. و يمكن أيضا حمل الرواية على أن الثمن هو الأقل لكن شرط عليه أن يعطيه على التأجيل شيئا زائدا و هذا الشرط فاسد لما سيجىء من أن تأجيل الحال بزيادة ربا محرم لكن فساد الشرط لا يوجب فساد المشروط كما عليه جماعة و حينئذ فللبائع الأقل و إن فرض أن المشترى أخره إلى الأجل كما يقتضيه قوله فى رواية محمد بن قيس و إن كانت نظره لفرض تراضيهما على ذلك بزعم صحة هذا الشرط أو البناء عليها تشريعا و لعل هذا مبنى قول الجماعة قدس الله أسرارهم فإن أمضيا البيع بينهما كذلك بمعنى أنهما تراضيا على هذه المعاملة لم يجب فى مقابل التأخير الواقع برضاهما شىء زائد على الأقل لفساد المقابلة و مرادهم من بطلان البيع الذى حكموا به أولا بطلانه بهذه الخصوصية و عدم ترتيب الأثر المقصود عليه و قد تلخص من جميع ما ذكرنا أن المعاملة المذكورة فى ظاهر متن الروايتين لا إشكال و لا خلاف فى بطلانها بمعنى عدم مضيها على ما تعاقدا عليه و أما الحكم بإمضائهما كما فى الروايتين فهو حكم تعبدى مخالف لأدلة توقف حمل المال على الرضا و طيب النفس و كون الأكل لا عن تراض أكلا للباطل فيقع الإشكال فى نهوض

الروايتين لتأسيس هذا الحكم المخالف للأصل ثم إن الثابت منهما على تقدير العمل بهما هی مخالفة القاعدة فی موردهما و أما ما عداه كما إذا جعل له الأقل فی أجل و الأكثر فی أجل آخر فلا ينبغی الاستشكال فی بطلانه لحرمة القياس خصوصا على مثل هذا الأصل و فی التحرير البطلان هنا قولا واحدا و حكی من غير واحد ما يلوح منه ذلك إلا أنك قد عرفت عموم كلمات غير واحد ممن تقدم للمسألتين و إن لم ينسب ذلك فی الدروس- إلا إلی المفيد قدس سره لكن عن الرياض أن ظاهر الأصحاب عدم الفرق فی الحكم بين المسألتين و هو ظاهر الحدائق أيضا و ما أبعد ما بينه و بين ما تقدم من التحرير ثم إن العلامة فی المختلف ذكر فی تقريب صحة المسألة أنه مثل ما إذا قال المستأجر ليخاطه الثوب إن خطته فارسيا فبدرهم و إن خطته روميا فبدرهمين و أجاب عنه بعد تسليم الصحة برجوعها إلی الجعالة

مسألة لا يجب على المشتری دفع الثمن المؤجل قبل حلول الأجل

و إن طولب إجماعا- لأن ذلك فائدة اشتراط التأجيل- و لو تبرع بدفعه لم يجب على البائع القبول بلا خلاف بل عن الرياض الإجماع عليه و فی جامع المقاصد فی باب السلم نسبه الخلاف إلی بعض العامة و علل الحكم فی التذكرة فی باب السلم بأن التعجيل كالتبرع بالزيادة فلا يكلف تقليد المنة و فيه تأمل و يمكن تعليل الحكم بأن التأجيل كما هو حق للمشتری يتضمن حقا للبائع من حيث التزام المشتری لحفظ ماله فی ذمته و جعله إياه كالودعی فإن ذلك حق عرفا و بالجملة ففی الأجل حق لصاحب الدين بلا خلاف ظاهر و مما ذكرنا يظهر الفرق بين الحال و المؤجل حيث إنه ليس لصاحب الدين الحال حق على المديون و اندفع أيضا ما يتخيل- من أن الأجل حق مختص بالمشتری و لذا يزاد الثمن من أجله و له طلب النقصان فی مقابل التعجيل و أن المؤجل كالواجب الموسع فی أنه يجوز فيه التأخير و لا يجب ثم إنه لو أسقط المشتری أجل الدين- ففی كتاب الدين من التذكرة و القواعد أنه لو أسقط المديون أجل الدين مما عليه لم يسقط و ليس لصاحب الدين مطالبته فی الحال و علله فی جامع المقاصد بأنه قد ثبت التأجيل فی العقد اللازم فلا يسقط و لأن فی الأجل حقا لصاحب الدين و لذا لم يجب عليه القبول قبل الأجل أما لو تقايلا فی الأجل يصح و لو نذر التأجيل فإنه يلزم و ينبغی أن لا يسقط بتقايلهما لأن التقايل فی العقود لا فی النذور انتهى و فيه أن الحق المشترط فی العقد اللازم- يجوز لصاحبه إسقاطه و حق صاحب الدين- لا يمنع من مطالبته من أسقط حق نفسه. و فی باب الشروط من التذكرة لو كان عليه دين مؤجل فأسقط المديون الأجل لم يسقط و ليس للمستحق مطالبته فی الحال لأن الأجل صفة تابعة و الصفة لا تفرد بالإسقاط و لهذا لو أسقط مستحق الحنطة الجيدة و الدنانير الصحيحة الجودة و الصحة لم يسقط و للشافعی وجهان انتهى و يمكن أن يقال إن مرجع التأجيل فی العقد اللازم إلی إسقاط حق المطالبة فی الأجل فلا يعود الحق بإسقاط التأجيل و الشرط القابل للإسقاط ما تضمن إثبات حق قابل لإسقاطه بعد جعله أ لا ترى أنه لو شرط فی العقد التبری من عيوب لم يسقط هذا الشرط بإسقاطه بعد العقد و لم تعد العيوب مضمونة كما لو كانت بدون الشرط. و أما ما ذكره من أن لصاحب الدين حقا فی الأجل فدلالته على المدعی موقوفة على أن الشرط الواحد إذا انحل إلی حق لكل من المتبايعين لم يجز لأحدهما إسقاطه لأن الفرض اشتراكهما فيه و لم يسقط الحق بالنسبة إلی نفسه لأنه حق واحد يتعلق بهما فلا يسقط إلا باتفاقهما الذی عبر عنه بالتقايل و معناه الاتفاق على إسقاط الشرط الراجع إليهما فلا يرد عليه منع صحة التقايل فی شروط العقود لا فی أنفسها نعم لو صار التأجيل حقا لله تعالی بالنذر لم ينفع اتفاقهما على سقوطه لأن الحق معلق بغيرهما و ما ذكره حسن لو ثبت اتحاد الحق الثابت من اشتراط التأجيل أو لم يثبت التعدد فيرجع إلی أصالة عدم السقوط لكن الظاهر تعدد الحق فتأمل. ثم إن المذكور فی باب الشروط عن بيع التذكرة تعليل عدم سقوط أجل الدين بالإسقاط بأن الأجل صفة تابعة لا يفرد بالإسقاط و لذا لو أسقط مستحق الحنطة الجيدة أو الدنانير

المكاسب، ج۳، ص ۳۰۶

الصحاح الجودة أو الصحة لم يسقط انتهى و هذا لا دخل له بما ذكره جامع المقاصد.

مسألة إذا كان الثمن بل كل دين حالا أو حل وجب على مالكه قبوله عند دفعه إليه

اشارة

لأن في امتناعه إضرارا و ظلما إذ لا حق له على من في ذمته في حفظ ماله في ذمته و الناس مسلطون على أنفسهم و توهم عدم الإضرار و الظلم لارتفاعه بقبض الحاكم مع امتناعه أو عزله و ضمانه على مالكه مدفوع بأن مشروعية قبض الحاكم أو العزل إنما تثبت لدفع هذا الظلم و الإضرار المحرم عن المديون و ليس بدلا اختياريا حتى يسقط الوجوب عن المالك لتحقق البدل أ لا ترى أن من يجب عليه بيع ماله لنفقة عياله لا يسقط عنه الوجوب لقيام الحاكم مقامه في البيع

[إذا امتنع الدائن من القبول]

و كيف كان فإذا امتنع بغير حق سقط اعتبار رضاه لحديث نفي الضرر بل مورده كان من هذا القبيل حيث إن سمرة بن جندب امتنع من الاستيذان للمرور إلى عذقه الواقع في دار الأنصاري و عن بيعها فقال النبي ص للأنصاري: اذهب فاقلعها و ارم بها وجه صاحبها فأسقط ولايته على ماله.

و مقتضى القاعدة إجبار الحاكم له على القبض

لأن امتناعه أسقط اعتبار رضاه في القبض الذي يتوقف ملكه عليه لا أصل القبض الممكن تحققه منه كرها مع كون الإكراه بحق بمنزلة الاختيار فإن تعذر مباشرته و لو كرها تولاه الحاكم- لأن السلطان ولي الممتنع بناء على أن الممتنع من يمتنع- و لو مع الإجبار و لو قلنا إنه من يمتنع بالاختيار جاز للحاكم تولي القبض عنه من دون الإكراه و هو الذي رجحه في جامع المقاصد و المحكي عن إطلاق جماعة منهم عدم اعتبار الحاكم و ليس للحاكم مطالبة المديون بالدين إذا لم يسأله لعدم ولايته عليه مع رضا المالك بكونه في ذمته و عن السرائر وجوب القبض على الحاكم عند الامتناع و عدم وجوب الإجبار و استبعده غيره و هو في محله

و لو تعذر الحاكم فمقتضى القاعدة إجبار المؤمنين له

عدولا كانوا أم لا لأنه من المعروف الذي يجب الأمر به على كل أحد

فإن لم يمكن إجباره ففي وجوب قبض العدول عنه نظر أقواه العدم

و حينئذ فطريق براءة ذمة المديون أن يعزل حقه و يجعله أمانة عنده فإن تلف فعلى ذي الحق- لأن هذه فائدة العزل و ثمرة إلغاء قبض ذي الحق و لكن لم يخرج عن ملك مالكه لعدم الدليل على ذلك فإن اشتراط القبض في التمليك لا يسقط بأدلة نفي الضرر و إنما يسقط بها ما يوجب التضرر و هو الضمان و حينئذ فنماء المعزول له و قاعدة مقابلة الخراج بالضمان غير جارية هنا و قد يستشكل في الجمع بين الحكم ببقاء ملكية الدافع و كون التلف من ذي الحق و وجهه أن الحق المملوك لصاحب الدين أن تشخص في المعزول كان ملكا له و إن بقي في ذمة الدافع لم يمكن تلف المعزول منه إذ لم يتلف ماله و يمكن أن يقال إن الحق قد سقط من الذمة و لم يتشخص بالمعزول و إنما تعلق به تعلق حق المجني عليه برقبة العبد الجاني فبتلفه يتلف الحق و مع بقائه لا يتعين الحق فيه فضلا عن أن يتشخص به و يمكن أن يقال بأنه يقدر آنا ما قبل التلف في ملك صاحب الدين

[جواز التصرف في المعزول و عدم وجوب حفظه من التلف]

ثم إن الظاهر جواز تصرفه فى المعزول فينتقل المال إلى ذمته لو أتلفه و مقتضى القاعدة عدم وجوب حفظه من التلف لأن شرعية عزله و كون تلفه من مال صاحب الدين إنما جاء من جهة تضرر المديون ببقاء ذمته مشغولة و تكليفه بحفظ المعزول أضر عليه من حفظ أصل المال فى الذمة. و عن المحقق الثانى أنه يتجه الفرق بين ما إذا عرضه على المالك بعد تعيينه و لم يأته به لكن أعلم بالحال و بين ما إذا أتاه و طرحه عنده فينتفى وجوب الحفظ فى الثانى دون الأول و لعل وجهه أن المبرئ للعهدة التخلية و الإقباض المتحقق فى الثانى دون الأول و سيجىء فى مسألة قبض المبيع ما يؤيده. و عن المسالك أنه مع عدم الحاكم يخلى بينه و بين ذى الحق و تبرأ ذمته و إن تلف و كذا يفعل الحاكم لو قبضه إن لم يتمكن من إلزامه بالقبض ثم إن المحقق الثانى ذكر فى جامع المقاصد- بعد الحكم بكون تلف المعزول من صاحب الدين الممتنع من أخذه أن فى انسحاب هذا الحكم فيمن أجبره الظالم على دفع نصيب شريكه الغائب فى مال على جهة الإشاعة بحيث يتعين المدفوع للشريك و لا يتلف منهما ترددا و مثله لو تسلط الظالم بنفسه و أخذ قدر نصيب الشريك لم أجد للأصحاب تصريحا بنفى و لا إثبات مع أن الضرر هنا قائم أيضا و المتجه عدم الانسحاب انتهى و حكى نحوه عنه فى حاشية الإرشاد من دون فتوى

[رأى المؤلف فى الفرعين المذكورين]

أقول أما الفرع الثانى فلا وجه لإلحاقه بما نحن فيه إذ دليل الضرر بنفسه لا يقتضى بتأثير نية الظالم فى التعيين فإذا أخذ جزء خارجيا من المشاع فتوجيه هذا الضرر إلى من نواه الظالم دون الشريك لا وجه له كما لو أخذ الظالم من من المديون مقدار الدين بنية أنه مال الغريم و أما الفرع الأول فيمكن أن يقال بأن الشريك لما كان فى معرض التضرر لأجل مشاركة شريكه جعل له ولاية القسمة لكن فيه أن تضرره إنما يوجب ولايته على القسمة حيث لا يوجب القسمة تضرر شريكه بأن لا يكون حصة بحيث تتلف بمجرد القسمة كما فى الغرض و إلا فلا ترجيح لأحد الضررين مع أن التمسك بعموم نفى الضرر فى موارد الفقه من دون انجباره بعمل بعض الأصحاب يؤسس فقها جديدا

مسألة [عدم جواز تأجيل الثمن الحال بأزيد منه و الاستدلال عليه]

اشارة

لا خلاف على الظاهر من الحدائق المصرح به فى غيره فى عدم جواز تأجيل الثمن الحال- بل مطلق الدين بأزيد منه لأنه ربا لأن حقيقة الربا فى القرض راجعة إلى جعل الزيادة فى مقابل إمهال المقرض و تأخيره المطالبة إلى أجل فالزيادة الواقعة بإزاء تأخير المطالبة ربا عرفا فإن أهل العرف لا يفرقون فى إطلاق الربا بين الزيادة التى تراضيا عليه فى أول المداينة كأن يقرضه عشرة بأحد عشر إلى شهر و بين أن يتراضيا بعد الشهر إلى تأخيره شهرا آخر بزيادة واحد و هكذا بل طريقة معاملة الربا مستقرة على ذلك بل الظاهر من بعض التفاسير أن صدق الربا على هذا التراضى مسلم فى العرف

[نزول آية الربا فى ذلك]

اشارة

و أن مورد نزول قوله تعالى فى مقام الرد على من قال إِنَّمَا الْبَيْعُ مِثْلُ الرِّبا وَ أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَ حَرَّمَ الرِّبا هو التراضى بعد حلول الدين على تأخير إلى أجل بزيادة فيه.

[تأیید ذلک بصحیحة ابن أبی عمیر]

فعن مجمع البیان عن ابن عباس أنه کان الرجل من أهل الجاریة إذا حل دینه علی غریمه فطالبه قال المطلوب منه زدنی فی الأجل أزیدک فی المال

المکاسب، ج۳، ص ۳۰۷

فیتراضیان علیه و یعملان به فإذا قیل لهم ربا قالوا هما سواء یعنون بذلک أن الزیادة فی الثمن حال البیع و الزیادة فیه بسبب الأجل عند حلول الدین سواء فذمهم الله و ألحق بهم الوعید و خطأهم فی ذلک بقوله تعالی وَ أَحَلَّ اللَّهُ الْبَیْعَ وَ حَرَّمَ الرِّبا

[تأیید ذلک بصیحة ابن أبی عمیر]

و یؤیده بل تدل علیه حسنة ابن أبی عمیر أو صحیحته عن أبی عبد الله ع قال: سئل عن الرجل یکون له دین إلی أجل مسمی فیأتیه غریمه فیقول انقدنی کذا و کذا واضح عنک بقیته أو انقدنی بعضه و أمد لک فی الأجل فیما بقی علیک قال لا أری به بأسا إن لم یزد علی رأس ماله قال الله تعالی فَلَکُمْ رُؤُسُ أَمْوالِکُمْ لا تَظْلِمُونَ وَ لا تُظْلَمُونَ علل جواز التراضی علی تأخیر أجل البعض بنقد البعض بعدم الازدیاد علی رأس ماله فیدل علی أنه لو ازداد علی رأس ماله لم یجز التراضی علی التأخیر و کان ربا یقتضی استشهاده بذیل آیة الربا و هو قوله تعالی فَلَکُمْ رُؤُسُ أَمْوالِکُمْ لا تَظْلِمُونَ وَ لا تُظْلَمُونَ

[دلالة بعض الأخبار علی ما تقدم]

و یدل علیه بعض الأخبار الواردة فی تعلیم طریق الحلیة فی جواز تأخیر الدین بزیادة باشتراط التأخیر فی ضمن معاوضة غیر مقصودة للفرار عن الحرام فلو جاز التراضی علی التأجیل بزیادة لم یکن داع إلی التوصل بأمثال تلک الحیل حتی صاروا ع موردا الاعتراض العامة فی استعمال بعضها کما فی غیر واحد من الأخبار الواردة فی ذلک و یدل علیه أیضا أو یؤیده بعض الأخبار الواردة فی باب الدین فیما إذا أعطی المدیون بعد الدین شیئا مخافة أن یطلبه الغریم بدینه.

[عدم الفرق بین المصالحة عن التأجیل بالزیادة أو المقاولة علیها من غیر عقد]

و مما ذکرنا من أن مقابلة الزیادة بالتأجیل ربا یظهر عدم الفرق بین المصالحة عنه بها و المقاولة علیها من غیر عقد و ظهر أیضا أنه یجوز المعاوضة اللازمة- علی الزیادة بشیء باشتراط تأخیر الدین علیه فی ضمن تلک المعاوضة و ظهر أیضا من التعلیل المتقدم فی روایة ابن أبی عمیر جواز نقض المؤجل بالتعجیل و سیجیء تمام الکلام فی هاتین المسألتین فی باب الشروط أو کتاب القرض إن شاء الله تعالی [ثم إنه هل یجوز تعجیل الدین المؤجل بأزید منه مثلا یطلبه دینارا إلی شهر فیقول أعطیتک دینارا و نصفا لتأخذه الآن أو فی أجل أقرب الظاهر العدم لأنه ربا إلا إذا فر إلی نحو الهبة و الشرط فی ضمن عقد أو نحو ذلک فقد قال ع: نعم الشیء الفرار من الحرام إلی الحلال و الله العالم]

مسألة [جواز بیع العین الشخصیة المبتاعة بثمن مؤجل من بائعها إلا فی صورة الاشتراط]

اشارة

إذا ابتاع عینا شخصیة بثمن مؤجل جاز بیعه من بائعه و غیره قبل حلول الأجل و بعده- بجنس الثمن و غیره مساویا له أو زائدا علیه أو ناقصا حالا أو مؤجلا إلا إذا اشترط أحد المتبایعین علی صاحبه فی البیع الأول قبوله منه بمعاملة ثانیة أما الحکم فی المستثنی منه فلا

خلاف فيه إلا بالنسبة إلى بعض صور المسألة- فمنع منها الشيخ فى النهاية و التهذيبين و هى بيعه من البائع بعد الحلول بجنس الثمن لا مساويا. و قال فى النهاية إذا اشترى نسيئة فحل الأجل و لم يكن معه ما يدفعه إلى البائع جاز للبائع أن يأخذ منه ما كان باعه إياه من غير نقصان من ثمنه فإن أخذه بنقصان مما باع لم يكن ذلك صحيحا و لزمه ثمنه الذى كان أعطاه به فإن أخذ من المبتاع متاعا آخر بقيمته فى الحال لم يكن بذلك بأس انتهى و عن الشهيد أنه تبع الشيخ جماعة- و ظاهر الحدائق أن محل الخلاف أعم بما بعد الحلول و أنه قصر بعضهم التحريم بالطعام و كيف كان

فالأقوى هو المشهور – للعمومات المجوزة كتابا و سنة

اشارة

و عموم ترك الاستفصال فى صحيحة بشار ابن يسار قال: سألت أبا عبد الله ع عن الرجل يبيع المتاع بنسء مرابحة فيشتريه من صاحبه الذى يبيعه منه فقال نعم لا بأس به فقلت له أشترى متاعى و غنمى قال ليس هو متاعك و لا غنمك و لا بقرك و صحيحة ابن حازم عن أبى عبد الله ع: رجل كان له على رجل دراهم من ثمن غنم اشتراها منه فأتى الطالب المطلوب يتقاضاه فقال له المطلوب أبيعك هذه الغنم بدراهمك التى عندى فرضى قال لا بأس بذلك و رواية الحسين بن منذر قال: قلت لأبى عبد الله ع الرجل يجيئنى فيطلب العينة- فأشترى له المتاع ثم أبيعه إياه مرابحة ثم أشتريه منه مكانى قال فقال إذا كان هو بالخيار إن شاء باع و إن شاء لم يبع و كنت أنت بالخيار إن شئت اشتريت و إن شئت لم تشتر فلا بأس قال فقلت إن أهل المسجد يزعمون أن هذا فاسد و يقولون إنه إن جاء به بعد أشهر صح قال إنما هذا تقديم و تأخير و لا بأس. و فى المحكى عن قرب الإسناد عن على بن جعفر عن أخيه ع قال: سألته عن رجل باع ثوبا بعشرة دراهم اشتراه منه بخمسة دراهم أ يحل قال إذا لم يشترط و رضيا فلا بأس. و عن كتاب على بن جعفر قوله: باعه بعشرة إلى أجل ثم اشتراه بخمسة بنقد و هو أظهر فى عنوان المسألة و ظاهر هذه الأخبار كما ترى يشمل صور الخلاف و قد يستدل أيضا برواية يعقوب بن شعيب و عبيد بن زرارة قالا: سألنا أبا عبد الله ع عن رجل باع طعاما بدراهم إلى أجل فلما بلغ ذلك تقاضاه فقال ليس لى دراهم خذ منى طعاما فقال لا بأس به فإنما له دراهم يأخذ بها ما شاء و فى دلالتها نظر

[توهم معارضة العمومات مع روايتى خالد و عبد الصمد]

اشارة

و فيما سبق من العمومات كفاية إذ لا معارض لها عدا ما ذكره الشيخ قدس سره من رواية خالد بن الحجاج قال: سألت أبا عبد الله ع عن رجل بعته طعاما بتأخير إلى أجل مسمى فلما جاء الأجل أخذته بدراهمى فقال ليس عندى دراهم و لكن عندى طعام فاشتره منى فقال لا تشتره منه لا خير فيه و رواية عبد الصمد بن بشر المحكية عن الفقيه قال سأله محمد بن قاسم الحناط فقال: أصلحك الله أبيع الطعام من رجل إلى أجل فيجيئنى و قد تغير الطعام من سعره فيقول ليس عندى دراهم قال خذ منه بسعر يومه فقال أفهم أصلحك الله إنه طعامى الذى اشتراه منى فقال لا تأخذ منه حتى يبيعه و يعطيك فقال أرغم الله أنفى رخص لى فرددت عليه فشدد على

[الجواب عن توهم المعارضة]

و حكى عن الشيخ قدس سره أنه أوردها فى الاستبصار دليلا على مختاره و حكى عن بعض ردها بعدم الدلالة بوجه من الوجوه.

أقول لا يظهر من رواية خالد دلالة على مذهب الشيخ و على تقدير الدلالة فتعليل المنع بأنه لا خير فيه من أمارات الكراهة

[ما حكى عن الشيخ من عدم جواز أخذ بدل الطعام طعاما إذا كان أزيد]

و اعلم أنه قال الشيخ قدس سره فى المبسوط إذا باع طعاما بعشرة مؤجلة فلما حل الأجل أخذ بها طعاما جاز إذا أخذ ما أعطاه فإن أخذ أكثر لم يجز و قد روى أنه يجوز على كل حال و حكى فى المختلف عن الخلاف أنه إذا باع طعاما قفيزا بعشرة دراهم مؤجلة فلما حل الأجل أخذ بها طعاما جاز ذلك إذا أخذ مثله فإن زاد عليه لم يجز و احتج بإجماع الفرقة و أخبارهم و بأنه يؤدى إلى بيع طعام بطعام ثم حكى عن بعض أصحابنا الجواز مطلقا و عن بعضهم المنع مطلقا ثم حكى عن الشيخ فى آخر كلامه أنه قال و القول الآخر الذى لبعض أصحابنا قوى و ذلك أنه بيع طعام بدراهم لا بيع طعام بطعام فلا يحتاج إلى اعتبار المثلية انتهى أقول الظاهر أن الشيخ قدس سره جرى فى ذلك و فيما تقدم عنه فى النهاية

المكاسب، ج۳، ص ۳۰۸

من عدم جواز بيع ما اشترى بجنس الثمن متفاضلا على قاعدة كلية تظهر من بعض الأخبار- من أن عوض الشىء الربوى لا يجوز أن يعوض بذلك الشىء بزيادة و إن عوض العوض بمنزلة العوض. فإذا اشترى طعاما بدراهم لا يجوز أن يأخذ بدل الطعام دراهم بزيادة و كذلك إذا باع طعاما بدراهم لا يجوز له أن يأخذ عوض الدراهم طعاما و عول فى ذلك على التعليل المصرح به فى رواية على بن جعفر عن أخيه ع المعتضد ببعض الأخبار المانعة عن بعض أفراد هذه القاعدة هنا و فى باب السلم قال: سألته عن رجل له على آخر تمر أو شعير أو حنطة أ يأخذ بقيمته دراهم قال إذا قومه دراهم فسد لأن الأصل الذى يشترى به دراهم و لا يصلح دراهم بدراهم قال فى محكى التهذيب الذى أفتى به ما تضمنه هذا الخبر الأخير من أنه إذا كان الذى أسلف فيه دراهم لم يجز أن يبيعه بدراهم لأنه يكون قد باع دراهم بدراهم و ربما كان فيه زيادة أو نقصان و ذلك ربا انتهى و هنا يقول قبالا لمسألة السلم التى هى عكس مسألتنا إنه إذا كان الذى باعه طعاما لم يجز أن يشترى بثمنه طعاما لأنه يكون باع طعاما بطعام و بالجملة فمدار فتوى الشيخ قدس سره على ما عرفت من ظهور بعض الأخبار بل صراحته فيه من أن عوض العوض فى حكم العوض فى عدم جواز التفاضل مع اتحاد الجنس الربوى فلا فرق بين اشتراء نفس ما باعه منه و بين اشتراء مجانسه منه و لا فرق أيضا بين اشترائه قبل حلول الأجل أو بعده كما أطلقه فى الحدائق و تقييده بما بعد الحلول فى عبارة النهاية المتقدمة لكون الغالب وقوع المطالبة و الإيفاء بعد الحلول و إن قصر المشهور خلافه به لكن الأظهر هو الإطلاق كما أن تقييد المنع فى كلامه بأخذ ما باعه بالناقص لأنه الغالب لأن فى رد نفس ما اشتراه رده بالناقص لا لخصوصية فى النقص لا يجرى فى الزيادة و لذا ذكر جواز أخذ المتاع الآخر بقيمته فى الحال زادت أو نقصت فيعلم منه أن أخذ ما باعه بقيمته فى الحال غير جائز زادت أو نقصت و يؤيد الحمل على الغالب أنه قدس سره ذكر فى مسألة السلم التى هى عكس المسألة أنه لا يجوز له أخذ مثل الثمن زائدا على ما أعطاه فإن الغالب مع إعطاء الطعام بدل الدراهم النقص مما اشترى و مع العكس العكس و ظهر أيضا مما ذكرنا أن الحكم مختص فى كلام الشيخ بالجنس الربوى لا مطلق المتاع و لا خصوص الطعام

[إذا اشترط فى البيع الأول نقله إلى من انتقل عنه]

اشارة

و أما الحكم فى المستثنى- و هو ما إذا اشترط فى البيع الأول نقله إلى من انتقل عنه فهو المشهور و نص عليه الشيخ فى باب المرابحة

[الاستدلال على بطلان هذا البيع بالدور]

اشارة

و استدلوا عليه أولا بالدور كما في التذكرة قال في باب الشروط لو باعه شيئا بشرط أن يبيعه إياه لم يصح سواء اتحد الثمن قدرا و وصفا و عينا أم لا و إلا جاء الدور لأن بيعه له يتوقف على ملكيته له المتوقفة على بيعه فيدور أما لو شرط أن يبيعه على غيره صح عندنا حيث لا- منافاة فيه للكتاب و السنة لا يقال ما التزموه من الدور آت هنا لأنا نقول الفرق ظاهر لجواز أن يكون جاريا على حد التوكيل أو عقد الفضولي بخلاف ما لو شرط البيع على المالك أقول ظاهر ما ذكره من النقض أنه يعتبر في الشرط أن يكون معقولا في نفسه مع قطع النظر عن البيع المشروط فيه و بيع الشيء على غير مالكه معقول و لو من غير المالك كالوكيل و الفضولي بخلاف بيعه على مالكه فإنه غير معقول أصل فاندفع عنه نقض جماعة ممن تأخر عنه- باشتراط بيعه على غيره أو عتقه.

[النقض على الاستدلال]

نعم ينتقض ذلك باشتراط كون المبيع رهنا على الثمن فإن ذلك لا يعقل مع قطع النظر عن البيع بل يتوقف عليه و قد اعترف قدس سره بذلك في التذكرة فاستدل بذلك لأكثر الشافعية المانعين عنه و قال إن المشتري لا يملك رهن المبيع إلا بعد صحة البيع فلا يتوقف عليه صحة البيع و إلا دار لكنه قدس سره مع ذلك جوز هذا الاشتراط إلا أن يقال أخذ الرهن على الثمن و التضمين عليه و على دركه و درك المبيع من توابع البيع و من مصالحه فيجوز اشتراطها نظير وجوب نقد الثمن أو عدم تأخيره عن شهر مثلا و نحو ذلك لكن ينتقض حينئذ بما اعترف بجوازه في التذكرة من اشتراط وقف المشتري المبيع على البائع و ولده

[تقرير الدور في جامع المقاصد]

اشارة

و قرر الدور في جامع المقاصد بأن انتقال الملك موقوف على حصول الشرط و حصول الشرط موقوف على الملك و هذا بعينه ما تقدم عن التذكرة بتفاوت في ترتيب المقدمتين

[ما أجيب به عن هذا التقرير و ما يرد على الأجوبة]

و أجيب عنه تارة بالنقض باشتراط بيعه من غيره و قد عرفت أن العلامة قدس سره تفطن له في التذكرة و أجاب عنه بما عرفت انتقاضه بمثل اشتراط رهنه على الثمن و عرفت تفطنه لذلك أيضا في التذكرة و أخرى بالحل- و هو انتقال الملك ليس موقوفا على تحقق الشرط و إنما المتوقف عليه لزومه و ثالثة بعدم جريانه فيما لو شرط بيعه منه بعد أجل البيع الأول فإن ملك المشتري متخلل بين البيعين و مبنى هذين الجوابين على ما ذكره العلامة في الاعتراض على نفسه و الجواب عنه بما حاصله أن الشرط لا بد من صحته مع قطع النظر عن البيع فلا يجوز أن يتوقف صحته على صحة البيع

[الاستدلال على البطلان بعدم القصد]

اشارة

و لا فرق فی ذلک بین اشتراط بیعه قبل الأجل أو بعده لأن بیع الشیء علی مالکه غیر معقول مطلقا و لو قید بما بعد خروجه عن ملک مالکه لم یفرق أیضا بین ما قبل الأجل و ما بعده و استدل علیه أیضا بعدم قصد البائع بهذا الشرط إلی حقیقة الإخراج عن ملکه حیث لم یقطع علاقة الملک و جعله فی غایة المراد أولی من الاستدلال بالدور بعد دفعه بالجوابین الأولین ثم قال و إن کان إجماع علی المسألة فلا بحث

[الرد علی الاستدلال]

و رد علیه المحقق و الشهید الثانیان بأن الفرض حصول القصد إلی النقل الأول لتوقفه علیه و إلا لم یصح ذلک إذا قصدا ذلک و لم یشترطاه مع الاتفاق علی صحته انتهی

[الاستدلال علی البطلان بروایة الحسین ابن المنذر]

اشارة

و استدل علیه فی الحدائق بقوله ع فی روایة الحسین بن المنذر المتقدمة فی السؤال عن بیع الشیء و اشترائه ثانیا من المشتری: إن کان هو بالخیار إن شاء باع و إن شاء لم یبع و کنت أنت بالخیار إن شئت اشتریت و إن شئت لم تشتر فلا بأس فإن المراد بالخیار هو الاختیار عرفا فی مقابل الاشتراط علی نفسه بشرائه ثانیا فدل علی ثبوت البأس إذا کان أحد المتبایعین غیر مختار فی النقل من جهة التزامه بذلک فی العقد الأول

[بیان الاستدلال]

و ثبوت البأس فی الروایة إما راجع إلی البیع الأول فیثبت المطلوب و إن کان راجعا إلی البیع الثانی فلا وجه له إلا بطلان البیع الأول إذ لو صح البیع الأول و المفروض اشتراطه بالبیع الثانی لم یکن بالبیع الثانی بأس بل کان لازما بمقتضی الشرط الواقع فی متن العقد الصحیح

بمقتضی الشرط الواقع فی متن العقد الصحیح

[ما رد به عن الاستدلال و الجواب عنه]

هذا و قد یرد دلالتها بمنع دلالة البأس علی البطلان و فیه ما لا یخفی و قد ترد أیضا بتضمنها لاعتبار ما لا یقول به أحد من عدم

المکاسب، ج۳، ص ۳۰۹

اشتراط المشتری ذلک علی البائع. و فیه أن هذا قد قال به کل أحد من القائلین باعتبار عدم اشتراط البائع فإن المسألتین من واد واحد بل الشهید قدس سره فی غایة المراد عنوان المسألة بالاشتراء بشرط الاشتراء و قد یرد أیضا بأن المستفاد من المفهوم لزوم الشرط و أنه لو شرطاه یرتفع الخیار عن المشروط علیه و إن کان یحرم البیع الثانی أو هو و البیع الأول مع الشرط و یکون الحاصل حینئذ حرمة

الاشتراط و إن كان لو فعل التزم به و هو غير التزام المحرم الذى يفسد و يفسد العقد. و فيه أن الحرمة المستفادة من البأس ليس إلا الحرمة الوضعية أعنى الفساد و لا يجامع ذلك صحة الشرط و لزومه.

[مناقشة المؤلف فى الاستدلال]

نعم يمكن أن يقال بعد ظهور سياق الرواية فى بيان حكم البيع الثانى مع الفراغ عن صحة الأول كما يشهد به أيضا بيان خلاف أهل المسجد المختص بالبيع الثانى أن المراد أنه إن وقع البيع الثانى على وجه الرضا و طيب النفس و الاختيار فلا بأس به و إن وقع لا عن ذلك بل لأجل الالتزام به سابقا فى متن العقد أو قبله و إلزامه عرفا بما التزم كان الشراء فاسدا لكن فساد الشراء لا يكون إلا لعدم طيب النفس فيه و عدم وجوب الالتزام بما التزم على نفسه إما لعدم ذكره فى متن العقد و إما لكون الشرط بالخصوص فاسدا لا يجب الوفاء به و لا يوجب فساد العقد المشروط به كما هو مذهب كثير من القدماء لا لأجل فساد العقد الأول من جهة فساد الالتزام المذكور فى متنه حتى لو وقع عن طيب النفس لأن هذا مخالف لما عرفت من ظهور اختصاص حكم الرواية منعا و جواز بالعقد الثانى.

[الاستدلال على البطلان برواية على بن جعفر و المناقشة فيه]

و أما رواية على بن جعفر فهى أظهر فى اختصاص الحكم بالشراء الثانى فيجب أيضا حمله على وجه لا يكون منشأ فساد البيع الثانى فساد البيع الأول بأن يكون مفهوم الشرط أنه إذا اشترطا ذلك فى العقد أو قبله و لم يرضيا بوقوع العقد الثانى بل وقع على وجه الإلجاء من حيث الالتزام به قبل العقد أو فيه فهو غير صحيح لعدم طيب النفس فيه و وقوعه عن إلجاء و هذا لا يكون إلا مع عدم وجوب الوفاء إما لعدم ذكره فى العقد و إما لكونه لغوا فاسدا مع عدم تأثير فساده فى العقد. و بالجملة فالحكم بفساد العقد الثانى فى الروايتين لا يصح أن يستند إلى فساد الأول لما ذكرنا من ظهور الروايتين فى ذلك فلا بد أن يكون منشأه عدم طيب النفس بالعقد الثانى و عدم طيب النفس لا يقدح إلا مع عدم لزوم الوفاء شرعا بما التزم و عدم اللزوم لا يكون إلا لعدم ذكر الشرط فى العقد أو لكونه فاسدا غير مفسد- ثم إنه قال فى المسالك إنهما لو شرطاه قبل العقد لفظا فإن كانا يعلمان أن الشرط المتقدم لا حكم له فلا أثر له و إلا اتجه بطلان العقد به كما لو ذكراه فى متنه لأنهما لم يقدما إلا على الشرط و لم يتم لهما و يمكن أن يقال إن علمهما بعدم حكم للشرط لا يوجب عدم إقدامهما على الشرط

[رأى المؤلف فى المسألة]

فالأولى بناء المسألة على تأثير الشرط المتقدم فى ارتباط العقد به و عدمه و المعروف بينهم عدم التأثير كما تقدم إلا أن يفرق بين الشرط الصحيح فلا يؤثر و بين الفاسد فيؤثر فى البطلان و وجهه غير ظاهر بل ربما حكى العكس عن بعض المعاصرين و قد تقدم توضيح الكلام فى ذلك

@@@@@@@@@@@@@@@@@@

[أقسام البيع باعتبار تأخير و تقديم أحد العوضين]

[أقسام البيع باعتبار تأخير و تقديم أحد العوضين]

قال فى التذكرة ينقسم البيع باعتبار التأخير و التقديم- فى أحد العوضين إلى أربعة أقسام بيع الحاضر بالحاضر و هو النقد و بيع

المؤجل بالمؤجل و هو بيع الكالئ بالكالئ و بيع الحاضر بالثمن المؤجل و هى النسيئة و بيع المؤجل بالحاضر و هو السلم و المراد بالحاضر أعم من الكلى و بالمؤجل خصوص الكلى

مسألة إطلاق العقد يقتضى النقد

مسألة إطلاق العقد يقتضى النقد

و علله فى التذكرة بأن قضية العقد انتقال كل من العوضين إلى الآخر فيجب الخروج عن العهدة متى طولب صاحبها فيكون المراد من النقد عدم حق للمشترى فى تأخير الثمن و المراد المطالبة مع الاستحقاق بأن يكون قد بذل المثمن أو مكن منه على الخلاف الآتى فى زمان وجوب تسليم الثمن على المشترى. و يدل على الحكم المذكور أيضا الموثق: فى رجل اشترى من رجل جارية بثمن مسمى ثم افترقا قال وجب البيع و الثمن إذا لم يكونا شرطا فهو نقد

مسألة يجوز اشتراط تأجيل الثمن مدة معينة

مسألة يجوز اشتراط تأجيل الثمن مدة معينة

غير محتملة مفهوما و لا مصداقا للزيادة و النقصان غير المسامح فيهما فلو لم يعين كذلك بطل بلا خلاف ظاهرا للغرر و لما دل فى السلم الذى هو عكس المسألة على وجوب تعيين الأجل و عدم جواز السلم إلى دياس أو حصاد

مسألة لو باع بثمن حالا و بأزيد منه مؤجلا

مسألة لو باع بثمن حالا و بأزيد منه مؤجلا

ففى المبسوط و السرائر و عن أكثر المتأخرين أنه لا يصح- و علله فى المبسوط و غيره بالجهالة كما لو باع إما هذا العبد و إما ذاك و يدل عليه أيضا ما رواه فى الكافى أنه ع قال: من ساوم بثمنين أحدهما عاجلا و الآخر نظرة فليسم أحدهما قبل الصفقة

مسألة لا يجب على المشترى دفع الثمن المؤجل قبل حلول الأجل

مسألة لا يجب على المشترى دفع الثمن المؤجل قبل حلول الأجل

و إن طولب إجماعا- لأن ذلك فائدة اشتراط التأجيل- و لو تبرع بدفعه لم يجب على البائع القبول بلا خلاف بل عن الرياض الإجماع عليه و فى جامع المقاصد فى باب السلم نسبه الخلاف إلى بعض العامة و علل الحكم فى التذكرة فى باب السلم بأن التعجيل كالتبرع بالزيادة فلا يكلف تقليد المنة و فيه تأمل و يمكن تعليل الحكم بأن التأجيل كما هو حق للمشترى يتضمن حقا للبائع من حيث التزام المشترى لحفظ ماله فى ذمته و جعله إياه كالودعى فإن ذلك حق عرفا و بالجملة ففى الأجل حق لصاحب الدين بلا خلاف ظاهر و مما ذكرنا يظهر الفرق بين الحال و المؤجل حيث إنه ليس لصاحب الدين الحال حق على المديون و اندفع أيضا ما يتخيل- من أن الأجل حق مختص بالمشترى و لذا يزاد الثمن من أجله و له طلب النقصان فى مقابل التعجيل و أن المؤجل كالواجب الموسع فى أنه يجوز فيه التأخير و لا يجب ثم إنه لو أسقط المشترى أجل الدين- ففى كتاب الدين من التذكرة و القواعد أنه لو أسقط المديون أجل الدين مما عليه لم يسقط و ليس لصاحب الدين مطالبته فى الحال و علله فى جامع المقاصد بأنه قد ثبت التأجيل فى العقد اللازم فلا يسقط و لأن فى الأجل حقا لصاحب الدين و لذا لم يجب عليه القبول قبل الأجل أما لو تقايلا فى الأجل يصح و لو نذر التأجيل فإنه يلزم و ينبغى أن لا يسقط بتقايلهما لأن التقايل فى العقود لا فى النذور انتهى و فيه أن الحق المشترط فى العقد اللازم- يجوز لصاحبه إسقاطه و حق صاحب الدين- لا يمنع من مطالبته من أسقط حق نفسه. و فى باب الشروط من التذكرة لو كان عليه دين مؤجل فأسقط

المديون الأجل لم يسقط و ليس للمستحق مطالبته فى الحال لأن الأجل صفة تابعة و الصفة لا تفرد بالإسقاط و لهذا لو أسقط مستحق الحنطة الجيدة و الدنانير الصحيحة الجودة و الصحة لم يسقط و للشافعي وجهان انتهى و يمكن أن يقال إن مرجع التأجيل فى العقد اللازم إلى إسقاط حق المطالبة فى الأجل فلا يعود الحق بإسقاط التأجيل و الشرط القابل للإسقاط ما تضمن إثبات حق قابل لإسقاطه بعد جعله أ لا ترى أنه لو شرط فى العقد التبرى من عيوب لم يسقط هذا الشرط بإسقاطه بعد العقد و لم تعد العيوب مضمونة كما لو كانت بدون الشرط. و أما ما ذكره من أن لصاحب الدين حقا فى الأجل فدلالته على المدعى موقوفة على أن الشرط الواحد إذا انحل إلى حق لكل من المتبايعين لم يجز لأحدهما إسقاطه لأن الفرض اشتراكهما فيه و لم يسقط الحق بالنسبة إلى نفسه لأنه حق واحد يتعلق بهما فلا يسقط إلا باتفاقهما الذى عبر عنه بالتقايل و معناه الاتفاق على إسقاط الشرط الراجع إليهما فلا يرد عليه منع صحة التقايل فى شروط العقود لا فى أنفسها نعم لو صار التأجيل حقا لله تعالى بالنذر لم ينفع اتفاقهما على سقوطه لأن الحق معلق بغيرهما و ما ذكره حسن لو ثبت اتحاد الحق الثابت من اشتراط التأجيل أو لم يثبت التعدد فيرجع إلى أصالة عدم السقوط لكن الظاهر تعدد الحق فتأمل. ثم إن المذكور فى باب الشروط عن بيع التذكرة تعليل عدم سقوط أجل الدين بالإسقاط بأن الأجل صفة تابعة لا يفرد بالإسقاط و لذا لو أسقط مستحق الحنطة الجيدة أو الدنانير

المكاسب، ج۳، ص ۳۰۶

الصحاح الجودة أو الصحة لم يسقط انتهى و هذا لا دخل له بما ذكره جامع المقاصد.

مسألة إذا كان الثمن بل كل دين حالا أو حل وجب على مالكه قبوله عند دفعه إليه

مسألة إذا كان الثمن بل كل دين حالا أو حل وجب على مالكه قبوله عند دفعه إليه

لأن فى امتناعه إضرارا و ظلما إذ لا حق له على من فى ذمته فى حفظ ماله فى ذمته و الناس مسلطون على أنفسهم و توهم عدم الإضرار و الظلم لارتفاعه بقبض الحاكم مع امتناعه أو عزله و ضمانه على مالكه مدفوع بأن مشروعية قبض الحاكم أو العزل إنما تثبت لدفع هذا الظلم و الإضرار المحرم عن المديون و ليس بدلا اختياريا حتى يسقط الوجوب عن المالك لتحقق البدل أ لا ترى أن من يجب عليه بيع ماله لنفقة عياله لا يسقط عنه الوجوب لقيام الحاكم مقامه فى البيع

مسألة [عدم جواز تأجيل الثمن الحال بأزيد منه و الاستدلال عليه]

مسألة [عدم جواز تأجيل الثمن الحال بأزيد منه و الاستدلال عليه]

لا خلاف على الظاهر من الحدائق المصرح به فى غيره فى عدم جواز تأجيل الثمن الحال- بل مطلق الدين بأزيد منه لأنه ربا لأن حقيقة الربا فى القرض راجعة إلى جعل الزيادة فى مقابل إمهال المقرض و تأخيره المطالبة إلى أجل فالزيادة الواقعة بإزاء تأخير المطالبة ربا عرفا فإن أهل العرف لا يفرقون فى إطلاق الربا بين الزيادة التى تراضيا عليه فى أول المداينة كأن يقرضه عشرة بأحد عشر إلى شهر و بين أن يتراضيا بعد الشهر إلى تأخيره شهرا آخر بزيادة واحد و هكذا بل طريقة معاملة الربا مستقرة على ذلك بل الظاهر من بعض التفاسير أن صدق الربا على هذا التراضى مسلم فى العرف

مسألة [جواز بيع العين الشخصية المبتاعة بثمن مؤجل من بائعها إلا فى صورة الاشتراط]

مسألة [جواز بيع العين الشخصية المبتاعة بثمن مؤجل من بائعها إلا فى صورة الاشتراط]

إذا ابتاع عينا شخصية بثمن مؤجل جاز بيعه من بائعه و غيره قبل حلول الأجل و بعده- بجنس الثمن و غيره مساويا له أو زائدا عليه أو ناقصا حالا أو مؤجلا إلا إذا اشترط أحد المتبايعين على صاحبه فى البيع الأول قبوله منه بمعاملة ثانية أما الحكم فى المستثنى منه فلا

خلاف فيه إلا بالنسبة إلى بعض صور المسألة- فمنع منها الشيخ فى النهاية و التهذيبين و هى بيعه من البائع بعد الحلول بجنس الثمن لا مساويا. و قال فى النهاية إذا اشترى نسيئة فحل الأجل و لم يكن معه ما يدفعه إلى البائع جاز للبائع أن يأخذ منه ما كان باعه إياه من غير نقصان من ثمنه فإن أخذه بنقصان مما باع لم يكن ذلك صحيحا و لزمه ثمنه الذى كان أعطاه به فإن أخذ من المبتاع متاعا آخر بقيمته فى الحال لم يكن بذلك بأس انتهى و عن الشهيد أنه تبع الشيخ جماعة- و ظاهر الحدائق أن محل الخلاف أعم بما بعد الحلول و أنه قصر بعضهم التحريم بالطعام و كيف كان

القول فى القبض

اشارة

القول فى القبض

و هو لغة الأخذ مطلقا أو باليد أو بجميع الكف على اختلاف عبارات أهل اللغة- و النظر فى ماهيته و وجوبه و أحكامه يقع فى مسائل

مسألة اختلفوا فى ماهية القبض فى المنقول بعد اتفاقهم على أنها التخلية (فى غير المنقول- على أقوال

أحدها أنها التخلية) أيضا

صرح به المحقق فى الشرائع و حكى عن تلميذه كاشف الرموز و عن الإيضاح نسبته إلى بعض متقدمى أصحابنا و عن التنقيح نسبته إلى المبسوط

الثانى أنه فى المنقول النقل

و فيما يعتبر كيله أو وزنه الكيل أو الوزن

الثالث ما فى الدروس

من أنه فى الحيوان نقله و فى المعتبر كيله أو وزنه أو عده أو نقله و فى الثوب وضعه فى اليد.

الرابع ما فى الغنية

و عن الخلاف و السرائر و اللمعة أنه التحويل و النقل

الخامس ما فى المبسوط

من أنه إن كان مثل الجواهر و الدراهم و الدنانير و ما يتناول باليد فالقبض فيه هو التناول باليد و إن كان مثل الحيوان كالعبد و البهيمة فالقبض فى البهيمة أن يمشى بها إلى مكان آخر و فى العبد أن يقيمه إلى مكان آخر و إن كان اشتراه جزافا كان القبض فيه أن ينقله فى مكانه و إن كان اشتراه مكايلة فالقبض فيه أن يكيله و زاد فى الوسيلة أنه فى الموزون وزنه و فى المعدود عده و نسب عبارة الشرائع- الراجعة إلى ما فى المبسوط إلى المشهور.

السادس أنه الاستقلال و الاستيلاء عليه باليد

حکی عن المحقق الأردبیلی و صاحب الکفایة و اعترف فی المسالک تبعا لجامع المقاصد لشهادة العرف بذلک إلا أنه أخرج عن ذلک المکیل و الموزون مستندا إلی النص الصحیح و فیه ما سیجیء.

السابع ما فی المختلف

من أنه إن کان منقولا فالقبض فیه النقل أو الأخذ بالید و إن کان مکیلا أو موزونا فقبضه ذلک أو الکیل أو الوزن.

الثامن أنه التخلیة مطلقا

بالنسبة إلی انتقال الضمان إلی المشتری دون النهی عن بیع ما لم یقبض نفی عنه البأس فی الدروس

[رأی المؤلف فی المسألة]

اشارة

أقول لا- شک أن القبض للمبیع هو فعل القابض و هو المشتری و لا شک أن الأحکام المترتبة علی هذا الفعل لا یترتب علی ما کان من فعل البائع من غیر مدخل للمشتری فیه کما أن الأحکام المترتبة علی فعل البائع کالوجوب علی البائع و الراهن فی الجملة و اشتراط القدرة علی التسلیم لا یحتاج فی ترتبها إلی فعل من المشتری

[بطلان تفسیر القبض بالتخلیة]

فحینئذ نقول أما ما اتفق علیه من کفایة التخلیة- فی تحقق القبض فی غیر المنقول إن أرید بالقبض ما هو فعل البائع بالنسبة إلی المبیع و هو جمیع ما یتوقف علیه من طرفه وصوله إلی المشتری و یعبر عنه مسامحة بالإقباض و التسلیم و هو الذی یحکمون بوجوبه علی البائع و الغاصب و الراهن فی الجملة و یفسرونه بالتخلیة التی هی فعل البائع فقد عرفت أنه لیس قبضا حقیقیا حتی فی غیر المنقول و إن فسرت برفع جمیع الموانع و أذن المشتری فی التصرف. قال کاشف الرموز فی شرح عبارة النافع القبض مصدر یستعمل بمعنی التقبیض و هو التخلیة و یکون من طرف البائع و الواهب بمعنی التمکین من التصرف انتهی. بل التحقیق أن القبض مطلق هو استیلاء المشتری علیه و تسلطه علیه الذی یتحقق به معنی الید و یتصور فیه الغصب

[لا بد من استفادة معنی القبض من حکم کل مورد بخصوصه]

نعم یترتب علی ذلک المعنی الأول الأحکام المترتبة علی الإقباض و التسلیم

المکاسب، ج۳، ص ۳۱۰

الواجبین علی البائع فینبغی ملاحظة کل حکم من الأحکام المذکورة فی باب القبض و أنه مترتب علی القبض الذی هو فعل المشتری بعد فعل البائع و علی الإقباض الذی هو فعل البائع مثلا إذا فرض أنه أدلة اعتبار القبض فی الهبة دلت علی اعتبار حیازة المتهب الهبة لم یکتف فی ذلک بالتخلیة التی هی من فعل الواهب و هکذا و لعل تفصیل الشهید فی البیع بین حکم الضمان و غیره من حیث إن الحکم الأول منوط بالإقباض و غیره منوط بفعل المشتری

[اختلاف المناط فی القبض باختلاف مدرک الضمان]

و كيف كان فلا بد من مراعاة أدلة أحكام القبض فنقول أما رفع الضمان- فإن استند فيه إلى النبوى: كل مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بائعه فالمناط فيه حصول الفعل من المشترى و إن استند إلى قوله ع فى رواية عقبة بن خالد: حتى يقبض المتاع و يخرجه من بيته احتمل فيه إناطة الحكم بالتخلية فيمكن حمل النبوى على ما ذكر ما هو مقارن غالبى للتخلية و احتمل ورود الرواية مورد الغالب من ملازمة الإخراج للوصول إلى المشترى بقرينة ظاهر النبوى. و لذا قال فى جامع المقاصد بعد نقل ما فى الدروس إن الخبر دال على خلافه و هو حسن إن أراد به ظاهر النبوى لا ظاهر رواية عقبة أو غيرها و الإنصاف أن ما ذكره الشهيد قريب بالنسبة إلى ظاهر رواية عقبة و ربما يخدش فيهما بظهورها فى اعتبار الإخراج من البيت مع أنه غير معتبر فى رفع الضمان اتفاقا. و فيه أن الإخراج عن البيت كناية عن الإخراج عن السلطنة و رفع اليد و لا ينبغى خفاء ذلك على المتأمل فى الاستعمال العرفى هذا و لكن الجمود على حقيقة اللفظ فى الرواية يقتضى اعتبار الوصول إلى يد المشترى لأن الإقباض و الإخراج و إن كانا من فعل البائع إلا أن صدقهما عليه يحتاج إلى فعل من غير البائع لأن الإقباض و الإخراج بدون القبض و الخروج محال إلا أن يستفاد من الرواية تعلق الضمان على ما كان من فعل البائع و التعبير بالإقباض و الإخراج مسامحة مست الحاجة إليهما فى التعبير. و ما ذكره الشهيد من رفع الضمان بالتخلية يظهر من بعض فروع التذكرة حيث قال لو أحضر البائع السلعة فقال المشترى ضعه تم القبض لأنه كالتوكيل فى الوضع و لو لم يقل المشترى شيئا أو قال لا أريد حصل القبض لوجود التسليم كما لو وضع الغاصب المغصوب بين يدى المالك فإنه يبرأ من الضمان انتهى. و ظاهره أن المراد من التسليم المبحوث عنه ما هو فعل البائع و لو امتنع المشترى لكنه قدس سره صرح فى عنوان المسألة و فى باب الهبة بضعف هذا القول بعد نسبه إلى بعض الشافعية فالظاهر أن مراده بل مراد الشهيد قدس سرهما رفع الضمان بهذا و إن لم يكن قبضا بل عن الشهيد فى حواشى أنه نقل عن العلامة قدس سره أن التخلية فى المنقول و غيره ترفع الضمان لأنه حق على البائع و قد أدى ما عليه أقول و هذا كما أن إتلاف المشترى يرفع ضمان البائع و سيجىء من المحقق الثانى أن النقل فى المكيل و الموزون يرفع الضمان و إن لم يكن قبضا

[القبض هو الاستيلاء فى المنقول و غيره]

و قد ظهر مما ذكرنا أن لفظ القبض الظاهر بصيغته فى فعل المشترى يراد به الاستيلاء على البيع سواء فى المنقول و غيره لأن القبض لغة الأخذ مطلقا أو باليد أو بجميع الكف على اختلاف التعبيرات فإن أريد الأخذ حسا باليد فهو لا يتأتى فى جميع المبيعات مع أن أحكامه جارية فى الكل فاللازم أن يراد به فى كلام أهل اللغة و فى لسان الشرع الحاكم عليه بأحكام كثيرة فى البيع و الرهن و الصدقة و تشخيص ما فى الذمة أخذ كل شىء بحسبه و هو ما ذكرنا من الاستيلاء و السلطنة

[المناقشة فى اعتبار النقل و التحويل فى القبض]

و أما ما ذكره بعضهم من اعتبار النقل و التحويل فيه بل ادعى فى الغنية الإجماع على أنه القبض فى المنقول الذى لا يكتفى فيه بالتخلية فهو لا يخلو عن تأمل و إن شهد من عرفت بكونه موافقا للعرف فى مثل الحيوان لأن مجرد إعطاء المقود للمشترى أو مع ركوبه عليه قبض عرفا على الظاهر ثم المراد من النقل فى كلام من اعتبره هو نقل المشترى له لا نقل البائع كما هو الظاهر من عبارة المبسوط المتقدمة المصرح به فى جامع المقاصد. و أما رواية عقبة بن خالد المتقدمة فلا دلالة فيها على اعتبار النقل فى المنقول و إن استدل بها عليه فى التذكرة لما عرفت من أن الإخراج من البيت فى الرواية نظير الإخراج من اليد كناية عن رفع اليد و التخلية للمشترى حتى لا يبقى من مقدمات الوصول إلى المشترى إلا ما هو من فعله

و أما اعتبار الكيل و الوزن أو كفايته فى قبض المكيل أو الموزون

فقد اعترف غير واحد بأنه تعبد لأجل النص الذى ادعى دلالته عليه مثل صحيحة معاوية بن وهب قال: سألت أبا عبد الله ع عن الرجل يبيع المبيع قبل أن يقبضه فقال ما لم يكن كيل أو وزن فلا يبعه حتى يكيله أو يزنه إلا أن يوليه بالذى قام عليه و صحيحة منصور بن حازم: إذا اشتريت متاعا فيه كيل أو وزن فلا تبعه حتى تقبضه إلا أن توليه و فى صحيحة على بن جعفر عن أخيه: عن الرجل يشترى الطعام أ يصلح بيعه قبل أن يقبضه قال إذا لم يربح عليه فلا بأس و إن ربح فلا يبعه حتى يقبضه و رواية أبى بصير: عن رجل اشترى طعاما ثم باعه قبل أن يكيله قال لا يعجبنى أن يبيع كيلا أو وزنا قبل أن يكيله أو يزنه إلا أن يوليه كما اشتراه إلى غير ذلك مما دل على اعتبار الكيل و الوزن لا من حيث اشتراط صحة المعاملة بهما و إلا لم يفرق بين التولية و غيرها فتعين لأمر آخر و ليس إلا من كون ذلك قبضا للإجماع كما فى المختلف على جواز بيع الطعام بعد قبضه و منه يظهر ما فى المسالك حيث إنه بعد ذكر صحيحة ابن وهب قال و التحقيق هنا أن الخبر الصحيح دل على النهى عن بيع المكيل و الموزون قبل اعتباره بهما لا على أن القبض لا يتحقق بدونهما و كون السؤال فيه وقع عن البيع قبل القبض لا ينافى ذلك لأن الاعتبار بهما قبض و زيادة و حينئذ فلو قيل بالاكتفاء فى نقل الضمان فيهما بالنقل عملا بالعرف و الخبر الآخر و يتوقف ثانيا على الكيل و الوزن أمكن إن لم يكن إحداث قول انتهى. و الظاهر أن مراده بالخبر خبر عقبة بن خالد و قد عرفت ظهوره فى اعتبار النقل

[لا بد مع الكيل و الوزن من رفع يد البائع]

ثم إن ظاهر غير واحد كفاية الكيل و الوزن فى القبض من دون توقف على النقل و الظاهر أنه لا بد مع الكيل و الوزن من رفع يد البائع كما صرح به فى جامع المقاصد و لذا نبه فى موضع من التذكرة بأن الكيل شرط فى القبض

و كيف كان فالأولى فى المسألة ما عرفت من أن القبض له معنى واحد يختلف باختلاف الموارد و أن كون القبض هو الكيل و الوزن خصوصا فى باب الصدقة و تشخيص ما فى الذمة مشكل جدا لأن التعبد الشرعى على تقدير تسليمه مختص

المكاسب، ج۳، ص ۳۱۱

بالبيع إلا أن يكون إجماع على اتحاد معنى القبض فى البيع و غيره كما صرح به العلامة و الشهيدان و المحقق الثانى و غيرهم فى باب الرهن و الهبة و حكى فيها الاتفاق على الاتحاد عن ظاهر المسالك و استظهره الحاكى أيضا. و عن ظاهر المبسوط فى باب الهبة أن القبض هى التخلية فيما لا ينتقل و النقل و التحويل فى غيره لكن صرح فى باب الرهن بأن كلما كان قبضا فى البيوع كان قبضا فى الرهن و الهبات و الصدقات لا يختلف ذلك و عن القاضى أنه لا يكفى الرهن التخلية و لو قلنا بكفايته فى البيع يوجب استحقاق المبيع فيكفى التمكين منه و هنا لا استحقاق بل القبض سبب فى الاستحقاق بل و مقتضى هذا الوجه لحوق الهبة و الصدقة بالرهن و هذا الوجه حكاه فى هبة التذكرة عن بعض الشافعية فقال قدس سره القبض هنا كالقبض فى البيع ففيما لا ينقل و لا يحول التخلية و فيما ينقل و يحول النقل و التحويل و فيما يكال أو يوزن الكيل و الوزن ثم حكى عن بعض الشافعية عدم كفاية التخلية فى المنقول لو قلنا به فى البيع مستندا إلى أن القبض فى البيع مستحق و فى الهبة غير مستحق فاعتبر تحققه و لم يكتف بالوضع بين يديه و لذا لو أتلف المتهب الموهوب لم يصر قابضا بخلاف المشترى ثم ضعفه بأنه ليس بشىء لاتحاد القبض فى الموضعين و اعتبار العرف فيهما انتهى. و ظاهر عدم اكتفائه هنا بالوضع بين يديه مخالف للفرع المتقدم عنه إلا أن يلتزم بكفاية التخلية فى رفع الضمان و إن لم يكن قبضا كما أشرنا إليه سابقا-

فرعان

الأول قال فى التذكرة لو باع دارا أو سفينة مشحونة بأمتعة البائع

و مکنه منهـا بحیث جعـل له تحویلهـا من مکـان إلی مکان کان قبضا و قال أیضا إذا کان المبیع فی موضع لا یختص بالبائع- کفی فی المنقول النقل من حیز إلی حیز و إن کان فی موضع یختص به فالنقل من زاویـۀ إلی أخری بغیر إذن البائع لا یکفی لجواز التصـرف و یکفی لدخوله فی ضمانه و إن نقل بإذنه حصل القبض و کأنه استعار البقعۀ المنقول إلیها

الثانی [لو کیل أو وزن قبل البیع فهل یجب اعتباره ثانیا لتحقق القبض]

اشارة

قال فی المسالک لو کان المبیع مکیلا أو موزونا فلا یخلو إما أن یکون قـد کیل قبل البیع أو وزن أولا بأن أخبر البائع بکیله أو وزنه أو بـاعه قـدرا معینـا من صبرة مشـتملۀ علیه فـإن کـان الآخر فلا بـد فی تحقق قبضه من کیله أو وزنه للنص المتقـدم و إن کان الأول ففی افتقـاره إلی الاعتبـار ثانیا لأجل القبض أو الاکتفاء بالاعتبار الأول وجهان من إطلاق توقف الحکم علی الکیل و الوزن و قـد حصـلا و قوله ع فی النص: حتی یکیله أو یزنه لاـ یـدل علی اعتبـار أزیـد من اعتبـار الکیل و الوزن الشامل لما وقع قبل البیع و من أن الظاهر أن ذلک لأجل القبض لا لتحقق شـرط صـحۀ البیع الثانی فلا بد له من اعتبار جدید بعد العقد و به صـرح العلامۀ و الشهید و جماعۀ و هو الأقوی و یـدل علیه قوله ع: إلا أن یولیه- فإن الکیل السابق شـرط لصـحۀ البیع فلا بـد منه فی التولیۀ و غیرها فدل علی أن ذلک لأجل القبض لاـ لصـحۀ البیع انتهی المهم من کلامـه رحمه الله أقول یبعـد التزام القـائلین بهـذا القول- ببقاء المکیل و الموزون بعـد الکیل و الوزن و العقد علیه و الأخذ و التصـرف فی بعضه فی ضـمان البائع حتی یکیله ثانیا أو یزنه و إن لم یرد بیعه ثانیا و کذا لو کاله و قبضه ثم عقد علیه

[کلمات الفقهاء فی المسألۀ]

اشارة

و قد تفطن لذلک المحقق الأردبیلی رحمه الله فیما حکی من حاصل کلامه حیث نزل ما دل علی اعتبار الکیل و الوزن فی البیع الثانی علی ما إذا لم یعلم کیله أو وزنه بل وقع البیع الأول من دون کیل کما إذا اشتری أصوعا من صبرة مشتملۀ علیها أو اشتری بإخبار البائع أمـا إذا کـاله بحضور المشتری ثم بـاعه إیـاه فأخـذه و حمله إلی بیته و تصـرف فیه بـالطحن و العجن و الخبز فلا شک فی کونه قبضـا مسـقطا للضـمان مجوزا للبیع و لا یلزم تکلف البائع بکیله مرة أخری للإقباض إلی أن قال ما حاصله أن کون وجوب الکیل مرة أخری للقبض مع تحققه أولا عند الشـراء کما نقله فی المسالک عن العلامۀ و الشـهید و جماعۀ قدس الله أسرارهم و قواه لیس بقوی انتهی و قال فی جامع المقاصد عند شـرح قول المصـنف إن التسلیم بالکیل و الوزن فیما یکال أو یوزن علی رأی المراد به الکیل الذی یتحقق به اعتبار البیع و لا بـد من رفع البائع یـده عنه فلو وقع الکیل و لم یرفع البائع یده فلا تسـلیم و لا قبض و لو أخبره البائع بالکیل أو الوزن فصـدقه و أخـذ علی ذلـک حصـل القبض کمـا نص علیه فی التـذکرة ثم قـال و لو أخـذ المبیع جزافـا أو أخـذ مـا اشتراه کیلا وزنا أو بالعکس فإن تیقن حصول الحق فیه صـح و إلا فلا ذکره فی التذکرة و الذی ینبغی أن یقال إن هذا الأخذ بإعطاء البائع موجب لانتقال ضمان المدفوع إلی المشتری و انتفاء سلطنۀ البائع لو أراد حبسه لیقبض الثمن لا التسلط علی بیعه لأن بیع ما یکال أو یوزن قبل کیله أو وزنه علی التحریم أو الکراهـۀ و لو کیـل قبل ذلک فحضـر کیله أو وزنه ثم اشتراه و أخـذه بـذلک الکیل فهو کما لو أخبره بالکیل أو الوزن بـل هو أولی انتهی ثم الظـاهر أن مراد المسالـک ممـا نسـبه إلی العلامـۀ و الشـهید و جماعـۀ من وجوب تجدیـد الاعتبار لأجل

القبض ما ذکره فی القواعد تفریعا علی هذا القول أنه لو اشتری مکایلة و باع مکایلة فلا بد لکل بیع من کیل جدید لیتم القبض قال فی جامع المقاصد فی شرحه إنه لو اشتری ما لا یباع إلا مکایلة و باع کذلک لا بد لکل بیع من هذین من کیل جدید لأن کل بیع لا بد له من قبض قال بعد ذلک و لو أنه حضر الکیل المتعلق بالبیع الأول فاکتفی به أو أخبره البائع فصدقه لکفی نقله و قام ذلک مقام کیله و فی الدروس بعد تقویة کفایة التخلیة فی رفع الضمان لا فی زوال تحریم البیع أو کراهته قبل القبض قال نعم لو خلی بینه و بین المکیل فامتنع حتی یکتاله لم ینتقل إلیه الضمان و لا یکفی الاعتبار الأول عن اعتبار القبض انتهی و هذا ما یمکن الاستشهاد به من کلام العلامة و الشهید و المحقق الثانی لاختیارهم وجوب تجدید الکیل و الوزن لأجل القبض و إن کیل أو وزن قبل ذلک

[عدم ظهور کلمات الفقهاء فی وجوب الاعتبار مرة أخری]

اشارة

لکن الإنصاف أنه لیس فی کلامهم و لا غیرهم ما یدل علی أن الشیء الشخصی المعلوم کیله أو وزنه قبل العقد إذا عقد علیه وجب کیله مرة أخری لتحقق القبض کما یظهر من المسالک فلا یبعد أن یکون کلام الشیخ قدس سره و من تبعه فی هذا القول و کلام العلامة و من ذکر فروع هذا القول مختصا بما إذا عقد علی کیل معلوم من کلی أو من صبرة معینة أو علی جزئی محسوس علی أنه کذا و کذا فیکون

المکاسب، ج۳، ص ۳۱۲

مراد الشیخ و الجماعة من قولهم اشتری مکایلة أنه اشتری بعنوان الکیل و الوزن فی مقابل ما إذا اشتری ما علم کیله سابقا من دون تسمیة الکیل المعین فی العقد لکونه لغوا و الظاهر أن هذا هو الذی یمکن أن یعتبر فی القبض فی غیر البیع أیضا من الرهن و الهبة فلو رهن إناء معینا من صفر مجهول الوزن أو معلوم الوزن أو وهبه خصوصا علی القول بجواز هبة المجهول فالظاهر أنه لا یقول أحد بأنه یعتبر فی قبضه وزنه مع عدم تعلق غرض فی الهبة بوزنه أصلا. نعم لو رهن أو وهب مقدارا معینا من الکیل أو الوزن أمکن القول باشتراط اعتباره فی قبضه و إن قبضه جزافا کلا قبض فظهر أن قوله فی القواعد اشتری مکایلة و هو العنوان المذکور فی المبسوط لهذا القول کما عرفت عند نقل الأقوال یراد به ما ذکرنا لا ما عرفت من جامع المقاصد و یؤیده تکرار المکایلة فی قوله و باع مکایلة و یشهد له أیضا قول العلامة فی غیر موضع من التذکرة لو قبض جزافا ما اشتراه مکایلة و یشهد له أیضا قوله فی موضع آخر لو أخذ ما اشتری کیلا وزنا و بالعکس فإن تیقن حصول الحق فیه إلخ و أظهر من ذلک فیما ذکرنا ما فی المبسوط فإنه بعد ما صرح باتحاد معنی القبض فی الرهن و غیرهما ذکر أنه لو رهن صبرة علی أنه کیل کذا فقبضه أن یکیله و لو رهنها جزافا فقبضه أن ینقله من مکانه مع أنه اختار عدم جواز بیع الصبرة جزافا فافهم و أما قوله فی الدروس فلا یکفی الاعتبار الأول عن اعتبار القبض فلا یبعد أن یکون تتمة لما قبله من قوله نعم لو خلی بینه و بینه فامتنع حتی یکتاله و مورده بیع کیل معین کلی فلا- یدل علی وجوب تجدید اعتبار ما اعتبر قبل العقد

[استثناء بیع التولیة لیس قرینة علی وجوب الاعتبار مرة أخری]

ثم إن ما ذکره فی المسالک فی صحیحة ابن وهب أولا- من أن قوله: لا- یبعه حتی یکیله یصدق مع الکیل السابق ثم استظهاره ثانیا بقرینة استثناء بیع التولیة أن المراد غیر الکیل المشترط فی صحة العقد لم یعلم له وجه إذ المراد من الکیل و الوزن فی تلک الصحیحة و غیرها هو الکیل المتوسط بین البیع الأول و الثانی و هذا غیر قابل لإرادة الکیل المصحح للبیع الأول فلا وجه لما ذکره أولا أصلا و لا وجه لإرادة المصحح للبیع الثانی حتی یکون استثناء التولیة قرینة علی عدم إرادته لاشتراک التولیة مع غیرها فی توقف صحتهما علی الاعتبار لأن السؤال عن بیع الشیء قبل قبضه ثم الجواب بالفرق بین المکیل و الموزون لا یمکن إرجاعها إلی السؤال و الجواب عن

شرائط البيع الثانی بل الكلام سؤالا و جوابا نص فی إرادة قابلية المبيع قبل القبض للبيع و عدمها فالأولى أن استثناء التولية ناظر إلى الفرق بين البيع مكايلة بأن يبيعه ما اشتراه على أنه كيل معين فيشترط قبضه بالكيل و الوزن ثم إقباضه و بين أن يوليه البيع الأول من غير تعرض فی العقد لكيله و وزنه فلا- يعتبر توسط قبض بينهما بل يكفی قبض المشتری الثانی عن الأول. و بالجملة فليس فی الصحيحة تعرض لصورة كيل الشیء أولا قبل البيع ثم العقد عليه و التصرف فيه بالنقل و التحويل و أن بيعه ثانيا بعد التصرف هل يحتاج إلى كيل جديد لقبض البيع الأول لا لاشتراط معلومية البيع الثانی أم لا بل ليس فی كلام المتعرضين لبيع ما لم يقبض تعرض لهذه الصورة

@@@@@@@@@@@@@@@@

القول فی وجوب القبض

مسألة يجب على كل من المتبايعين تسليم ما استحقه الآخر بالبيع

اشاره

لاقتضاء العقد لذلك فإن قال كل منهما لا أدفع حتى أقبض فالأقوى إجبارهما معا وفاقا للمحكی عن السرائر و الشرائع و كتب العلامة و الإيضاح و الدروس و جامع المقاصد و المسالك و غيرها- و عن ظاهر التنقيح الإجماع عليه لما فی التذكرة- من أن كلا منهما قد وجب له حق على صاحبه و عن الخلاف أنه يجبر البائع أولا على تسليم المبيع ثم يجبر المشتری على تسليم الثمن سواء كان الثمن عينا أو فی الذمة لأن الثمن إنما يستحق على المبيع فيجب أولا تسليم المبيع ليستحق الثمن و لعل وجهه دعوى انصراف إطلاق العقد إلى ذلك و لذا استقر العرف إلى تسمية الثمن عوضا و قيمة و لذا يقبحون مطالبة الثمن قبل دفع المبيع كما يقبحون مطالبة الأجرة قبل العمل أو دفع العين المستأجرة و الأقوى ما عليه الأكثر-

[محل الخلاف فی المسألة]

اشاره

ثم إن ظاهر جماعة أن محل فی هذه المسألة بين الخاصة و العامة ما لو كان كل منهما باذلا و تشاحا فی البدأة و التسليم لا ما إذا امتنع أحدهما عن البذل قال فی المبسوط بعد اختياره أولا إجبارهما معا على القابض ثم الحكم بأن تقديم البائع فی الإجبار أولى قال هذا إذا كان كل منهما باذلا و أما إذا كان أحدهما غير باذل أصلا و قال لا أسلم ما على أجبره الحاكم على البذل فإذا حصل البذل حصل الخلاف فی أن أيهما يدفع هذا إذا كان موسرا قادرا على إحضار الثمن فإن كان معسرا كان للبائع الفسخ و الرجوع إلى عين ماله كالمفلس انتهى و قال فی التذكرة توهم قوم أن الخلاف فی البداءة بالتسليم خلاف فی أن البائع هل له حق الحبس أم لا إن قلنا بوجوب البدأة للبائع فليس له حبس المبيع إلى استيفاء الثمن و إلا فله ذلك و نازع أكثر الشافعية فيه و قالوا هذا الخلاف مختص بما إذا كان نزاعهما فی مجرد البدأة و كان كل منهما يبذل ما عليه و لا يخاف فوت ما عند صاحبه فأما إذا لم يبذل البائع المبيع و أراد حبسه خوفا من تعذر تحصيل الثمن فله ذلك بلا خلاف و كذا للمشتری حبس الثمن خوفا من تعذر تحصيل المبيع انتهى. و قد صرح بعض آخر أيضا بعدم الخلاف فی جواز الحبس لامتناع الآخر من التسليم و لعل الوجه فيه أن عقد البيع مبنی على التقابض و كون المعاملة يدا بيد فقد التزم كل منهما بتسليم العين مقارنا لتسليم صاحبه و التزم على صاحبه أن لا يسلمه مع الامتناع فقد ثبت بإطلاق

العقد لکل منهما حق الامتناع مع امتناع صاحبه فلا یرد أن وجوب التسلیم علی کل منهما لیس مشروطا بتحققه من الآخر فلا یسقط التکلیف بإزاء مال الغیر عن أحدهما بمعصیته الآخر و أن ظلم أحدهما لا یسوغ ظلم الآخر هذا کله مع عدم التأجیل فی أحد العوضین-

فلو کان أحدهما مؤجلا

لم یجز حبس الآخر. قال فی التذکرة و لو لم یتفق تسلیمه حتی حل الأجل لم یکن له الحبس أیضا و لعل وجهه أن غیر المؤجل قد التزم بتسلیمه من دون تعلیق علی تسلیم المؤجل أصلا و هذا مما یؤید أن حق الحبس لیس لمجرد ثبوت حق للحابس علی الآخر فیکون الحبس بإزاء الحبس.

[لو قبض الممتنع بدون رضا صاحبه]

ثم إن مقتضی ما ذکرنا من عدم وجوب التسلیم مع امتناع الآخر و عدم استحقاق الممتنع لقبض ما فی ید صاحبه أنه لو قبضه الممتنع بدون رضا صاحبه لم یصح القبض فصحة القبض بأحد أمرین

المکاسب، ج۳، ص ۳۱۳

أما إقباض ما فی یده لصاحبه فله حینئذ قبض ما فی ید صاحبه و لو بغیر إذنه و أما إذن صاحبه سواء أقبض ما فی یده أم لا کما صرح بذلک فی المبسوط و التذکرة و صرح فیهما بأن له مطالبة القابض برد ما قبض بغیر إذنه لأن له حق الحبس و التوثق إلی أن یستوفی العوض و فی موضع من التذکرة أنه لا ینفذ تصرفه فیه و مراده التصرف المتوقف علی القبض کالبیع أو مطلق الاستبدال

ثم إذا ابتدأ أحدهما بالتسلیم

إما لوجوبه علیه کالبائع علی قول الشیخ أو لتبرعه بذلک أجبر الآخر علی التسلیم و لا یحجر علیه فی ما عنده من العوض و لا فی مال آخر لعدم الدلیل.

مسألة یجب علی البائع تفریغ المبیع من أمواله مطلقا و من غیرها فی الجملة

اشاره

و هذا الوجوب لیس شرطیا بالنسبة إلی التسلیم و إن أوهمه بعض العبارات ففی غیر واحد من الکتب أنه یجب تسلیم المبیع مفرغا و المراد إرجاع الحکم إلی القید و إلا فالتسلیم یحصل بدونه و قد تقدم عن التذکرة

[الاستدلال علیه]

و کیف کان فیدل علی وجوب التفریغ ما دل علی وجوب التسلیم فإن إطلاق العقد کما یقتضی أصل التسلیم کذلک یقتضی التسلیم مفرغا فإن التسلیم بدونه کالعدم بالنسبة إلی غرض المتعاقدین و إن ترتب علیه أحکام تعبدیة کالدخول فی ضمان المشتری و نحوه

[لو مضت مدة و لم يتمكن البائع من التفريغ أو لم يفرغ]

فلو كان فى الدار متاع وجب نقله فورا فإن تعذر ففى أول أزمنة الإمكان و لو تراخى زمان الإمكان و كان المشترى جاهلا كان له الخيار لو تضرر بفوات بعض منافع الدار عليه و فى ثبوت الأجرة- لو كان لبقائه أجرة إلى زمان الفراغ وجه

[لو كان فى الأرض زرع للبائع]

و لو كان تأخير التفريغ بتقصيره فينبغى الجزم بالأجرة كما جزموا بها مع امتناعه من أصل التسليم و لو كان فى الأرض زرع قد أحصد وجب إزالته لما ذكرنا و إن لم يحصد وجب الصبر إلى بلوغ أوانه للزوم تضرر البائع بالقلع و أما ضرر المشترى فينجبر بالخيار مع الجهل كما لو وجدها مستأجرة و من ذلك يعلم عدم الأجرة لأنه اشترى أرضا تبين أنها مشغولة فلا يثبت أكثر من الخيار و يحتمل ثبوت الأجرة لأنه اشترى أرضا لا يستحق عليها الاشتغال بالزرع و المالك قد ملك الزرع غير مستحق للبقاء فيتخير بين إبقائه بالأجرة و بين قلعه لتقديم ضرر القلع على ضرر فوات منفعة الأرض بالأجرة و يحتمل تخيير المشترى بين إبقائه بالأجرة و قلعه بالأرش و يحتمل ملاحظة الأكثر ضررا

و لو احتاج تفريغ الأرض إلى هدم شىء هدمه بإذن المشترى

و عليه طم ما يطم برضا المالك و إصلاح ما استهدم أو الأرش على اختلاف الموارد فإن مثل قلع الباب أو قلع ساجة منه إصلاحه إعادته بخلاف هدم حائط فإن الظاهر لحوقه بالقيمى فى وجوب الأرش له و المراد بالأرش قيمة الهدم لا أرش العيب.

و بالجملة فمقتضى العرف إلحاق بعض ما استهدم بالمثلى و بعضه بالقيمى و لو ألحق مطلقا بالقيمى كان له وجه و يظهر منهم فيما لو هدم أحد الشريكين الجدار المشترك بغير إذن صاحبه أقوال ثلاثة الإعادة مطلقا كما فى الشرائع و عن المبسوط و الأرش كذلك كما عن العلامة و المحقق و الشهيد الثانيين و التفصيل بين ما كان مثليا كحائط البساتين و المزارع و إلا فالأرش كما عن الدروس و الظاهر جريان ذلك فى كسر الباب و الشبابيك و فتق الثوب من هذا القبيل.

مسألة لو امتنع البائع من التسليم

فإن كان لحق كما لو امتنع المشترى عن تسليم الثمن فلا إثم و هل عليه أجرة مدة الامتناع احتمله فى جامع المقاصد إلا أن منافع الأموال الفائتة بحق لا دليل على ضمانها و على المشترى نفقة المبيع. و فى جامع المقاصد ما أشبه هذه بمثل منع الزوجة نفسها حتى تقبض المهر فإن فى استحقاقها النفقة ترددا قال و يحتمل الفرق بين الموسر و المعسر انتهى و يمكن الفرق بين النفقة فى المقامين و لو طلب من البائع الانتفاع به فى يده ففى وجوب إجابته وجهان و لو كان امتناعه لا لحق- وجب عليه الأجرة لأنه عاد و مقتضى القاعدة أن نفقته على المشترى

الكلام فى أحكام القبض

اشارة

الكلام فى أحكام القبض

و هى التى تلحقه بعد تحققه

مسألة من أحكام القبض انتقال الضمان ممن نقله إلى القابض

اشارة

فقبله يكون مضمونا عليه بعوضه إجماعا مستفيضا- بل محققا و يسمى ضمان المعاوضة

[الاستدلال عليه بالنبوی المشهور]

و يدل عليه قبل الإجماع النبوى المشهور: كل مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بائعه و ظاهره بناء على جعل من للتبعيض أنه بعد التلف يصير مالا للبائع لكن إطلاق المال على التالف إنما هو باعتبار كونه مالا عند التلف و بهذا الاعتبار يصح أن يقع هو المصالح عنه إذا أتلفه الغير لا قيمته كما صرح به فى باب الصلح من الشرائع و التحرير و حينئذ فلا بد من أن يكون المراد بالنبوى أن المبيع يكون تالفا من مال البائع و مرجع هذا إلى انفساخ العقد قبل التلف آنا ما ليكون التالف مالا للبائع.
و الحاصل أن ظاهر الرواية صيرورة المبيع مالا- للبائع بعد التلف لكن لما لم يتعقل ذلك تعين إرادة وقوع التلف على مال البائع و مرجعه إلى ما ذكره فى التذكرة و تبعه من تأخر عنه من أنه يتجدد انتقال الملك إلى البائع قبل الهلاك بجزء لا يتجزأ من الزمان و ربما يقال تبعا للمسالك إن ظاهر كون المبيع التالف قبل القبض من مال البائع يوهم خلاف هذا المعنى و لعله لدعوى أن ظاهر كونه من ماله كون تلفه من ماله بمعنى كون دركه عليه فيوهم ضمانه بالمثل و القيمة.

[الضمان فی المسألة ضمان المعاوضة لا ضمان الید]

و مما ذكرنا من أن معنى الضمان هنا يرجع إلى انفساخ العقد بالتلف و تلف المبيع فى ملك البائع و يسمى ضمان المعاوضة لا ضمانه عليه مع تلفه من المشترى كما فى المغصوب و المستام و غيرهما و يسمى ضمان اليد يعلم أن الضمان فيما نحن فيه حكم شرعى لا حق مالى فلا يقبل الإسقاط و لذا لو أبرأه المشترى من الضمان لم يسقط كما نص عليه فى التذكرة و الدروس و ليس الوجه فى ذلك أنه إسقاط ما لم يجب كما قد يتخيل.

[الاستدلال علی ضمان البائع قبل القبض بروایة عقبة أیضا]

و يدل على الحكم المذكور أيضا رواية عقبة بن خالد عن أبى عبد الله ع:
فى رجل اشترى متاعا من رجل و أوجبه غير أنه ترك المتاع عنده و لم يقبضه قال آتيك غدا إن شاء الله فسرق المتاع من مال من يكون قال من مال صاحب المتاع الذى هو فى بيته حتى يقبض المتاع و يخرجه من بيته فإذا أخرجه من بيته فالمبتاع ضامن لحقه حتى يرد إليه ماله و لعل الرواية أظهر دلالة- على الانفساخ قبل التلف من النبوى

[عدم الخلاف فی المسألة]

و كيف كان فلا خلاف فى المسألة أعنى بطلان البيع عند التلف لا من أصله لأن تقدير مالية البائع قبل التلف مخالف لأصالة بقاء العقد و إنما احتيج إليه لتصحيح ما فى النص من الحكم بكون التالف من مال البائع فيرتكب بقدر الضرورة

[نماء المبیع قبل التلف للمشتری]

و یترتب علی ذلک کون النماء قبل التلف للمشتری. و فی معناه الرکاز الذی یجده

المکاسب، ج۳، ص ۳۱۴

العبد و ما وهب منه فقبله و قبضه أو أوصی له به فقبله کما صرح به فی المبسوط و التذکرة و صرح العلامة بأن مئونة تجهیزه لو کان مملوکا علی البائع و هو مبنی علی ثبوت الملک التحقیقی قبل التلف لا مجرد تقدیر الملک الذی لا بد فیه من الاقتصار علی الحکم الثابت المحوج إلی ذلک التقدیر دون ما عداه من باقی آثار المقدر إلا أن یقال بأن التلف من البائع یدل التزاما علی الفسخ الحقیقی

[تعذر الوصول بحکم التلف]

ثم إنه یلحق بالتلف تعذر الوصول إلیه عادة مثل سرقته علی وجه لا یرجی عوده و علیه تحمل روایة عقبة المتقدمة. قال فی التذکرة وقوع الدرة فی البحر قبل القبض کالتلف و کذا انفلات الطیر و الصید المتوحش و لو غرق البحر الأرض المبیعة أو وقع علیها صخور عظیمة من جبل أو کسیها رمل فهی بمثابة التلف أو یثبت به الخیار للشافعیة وجهان أقواهما الثانی و لو أبق العبد قبل القبض أوضاع فی انتهاب العسکر لم ینفسخ البیع لبقاء المالیة و رجاء العود انتهی و فی التذکرة أیضا لو هرب المشتری قبل وزن الثمن و هو معسر مع عدم الإقباض احتمل أن یملک البائع الفسخ فی الحال لتعذر استیفاء الثمن و الصبر ثلاثة أیام للروایة و الأول أقوی لورودها فی الباذل و إن کان موسرا أثبت البائع ذلک عند الحاکم ثم إن وجد له مالا قضاه و إلا باع المبیع و قضی منه و الفاضل للمشتری و المعوز علیه انتهی و فی غیر موضع مما ذکره تأمل

[لو کان القبض غیر واجد لشرائط الصحة]

ثم إن ظاهر کثیر من الأصحاب أنه لا یعتبر فی القبض المسقط للضمان وقوعه صحیحا جامعا لما یعتبر فیه فلو وقع بغیر إذن ذی الید کفی فی رفع الضمان- کما صرح به فی التذکرة و الدروس و غیرهما و لو لم یتحقق الکیل و الوزن بناء علی اعتبارهما فی قبض المکیل ففی سقوط الضمان بمجرد نقل المشتری قولان قال فی التذکرة فی باب بیع الثمار إنه لو اشتری طعاما مکایلة فقبض جزافا فهلک فی یده فهو من ضمان المشتری لحصول القبض و إن جعلنا الکیل شرطا فیه فالأقرب أنه من ضمان البائع انتهی و قد تقدم عن جامع المقاصد سقوط الضمان هنا بناء علی اشتراط الکیل فی القبض و لا یخلو عن قوة

[هل یکتفی بالتخلیة فی سقوط الضمان]

و هل یکتفی بالتخلیة علی القول بعدم کونها قبضا فی سقوط الضمان قولان لا یخلو السقوط من قوة و إن لم نجعله قبضا و کذا الکلام فیما لو وضع المشتری یده علیه و لم ینقله بناء علی اعتبار النقل فی القبض هذا کله حکم التلف السماوی.

و أما الإتلاف

اشارة

فإما أن یکون من المشتری و إما أن یکون من البائع و إما أن یکون من الأجنبی

فإن كان من المشترى

فالظاهر عـدم الخلاف فى كونه بمنزلـة القبض فى سـقوط الضـمان لأنه قـد ضـمن ماله بإتلافه و حجته الإجماع لو تم و إلا فانصـراف النص إلى غير هـذا التلف فيبقى تحت القاعـدة. قـال فى التـذكرة هـذا إذا كـان المشترى عالما و إن كان جاهلا بأن قـدم البائع الطعام المبيع إلى المشترى فـأكله هـل يجعل قابضا الأقرب أنه لا يصـير قابضا و يكون بمنزلـة إتلاف البائع ثم مثل له بما قـدم المغصوب إلى المالـك فـأكله أقول هـذا مع غرور البـائع لاـ بـأس به أمـا مع عـدم الغرور ففى كونه كالتلف السـماوى وجهان- و لو صال العبـد على المشترى فقتله دفعا ففى التذكرة أن الأصلح أنه لا يستقر عليه الثمن. و حكى عن بعض الشافعية الاستقرار لأنه قتله فى عرض نفسه

و لو أتلفه البائع

ففى انفسـاخ البيع كمـا عن المبسوط و الشـرائع و التحرير لعموم التلف فى النص- لمـا كـان بإتلاـف حيوان أو إنسـان أو كان بآفـة أو ضمان البائع للقيمـة لخروجه عن منصـرف دليل الانفساخ فيدخل تحت قاعدة إتلاف مال الغير أو التخيير بين مطالبته بالقيمة أو بالثمن إما لتحقق سـبب الانفساخ و سـبب الضـمان فيتخير المالك فى العمل بأحدهما و إما لأن التلف على هذا الوجه إذا خرج عن منصـرف دليل الانفساخ لحقه حكم تعذر تسـليم المبيع فيثبت الخيار للمشترى لجريان دليل تعذر الانفساخ التسليم هنا و هذا هو الأقوى و اختاره فى التـذكرة و الـدروس و جامع المقاصد و المسالك و غيرها و عن حواشـى الشـهيد نسـبه إلى أصـحابنا العراقيين فإن اختار المشترى القيمة فهل للبائع حبس القيمة على الثمن وجهان من أنها بدل عن العين و من أن دليل الحبس و هو الانفهام من العقد يختص بالمبدل أقواهما العـدم و لو قبض المشترى بغير إذن البائع حيث يكون له الاسترداد فأتلفه البائع فى يـد المشترى ففى كونه كإتلافه قبل القبض فيكون فى حكم الاـسترداد كمـا أن إتلاـف المشترى فى يـد البائع بمنزلـة القبض أو كونه إتلافا له بعـد القبض موجبا للقيمـة لـدخول المبيع فى ضمان المشترى بالقبض و إن كان ظالما فيه وجهان اختار أولهما فى التذكرة

و لو أتلفه أجنبى

جاء الوجوه الثلاثة المتقدمة إلا أن المتعين منها هو التخيير لما تقدم و لو لا شبهه الإجماع على عدم تعين القيمة تعين الرجوع إليها بعد فرض انصراف دليل الانفساخ إلى غير ذلك.

مسألة تلف الثمن المعين قبل القبض كتلف المبيع المعين

فى جميع ما ذكر كما صرح فى التذكرة و هو ظاهر عبارة الدروس حيث ذكر أن بالقبض ينتقل الضمان إلى القابض بل الظاهر أنه مما لا خلاف فيه.

قال فى المبسوط لو اشترى عبـدا بثوب و قبض العبـد و لم يسـلم الثوب فباع العبـد صح بيعه و إذا باعه و سـلمه ثم تلف الثوب انفسـخ البيع و لزمه قيمـة العبـد لبائعه لأنه لا يقـدر على رده انتهى و فى باب الصـرف من السـرائر نظير ذلك و قـد ذكر هذه المسألة أيضا فى الشـرائع و كتب العلامة و الدروس و جامع المقاصد و المسالك و غيرها أعنى مسألة من باع شـيئا معينا بشىء معين ثم بيع أحدهما ثم تلف الآخر و حكموا بانفساخ البيع الأول و قد صـرحوا بنظير ذلك فى باب الشفعة أيضا و بالجملة فالظاهر عدم الخلاف فى المسألة و يمكن أن يسـتظهر من روايـة عقبة المتقدمة حيث ذكر فى آخرها أن المبتاع ضامن لحقه حتى يرد إليه ماله بناء على عود ضـمير الحق

إلی البائع بل ظاهر بعضهم شمول النبوی له بناء علی صدق المبیع علی الثمن قال کما فی التذکرة- أو أکلت الشاة ثمنها المعین قبل القبض فإن کانت فی ید المشتری فکإتلافه و إن کانت فی ید البائع فکإتلافه و إن کانت فی ید أجنبی فکإتلافه و إن لم تکن فی ید أحد انفسخ البیع لأن المبیع هلک قبل القبض بأمر لا ینسب إلی آدمی فکان کالسماویة انتهی ثم إنه هل یلحق العوضان فی غیر البیع من المعاوضات به فی هذا الحکم لم أجد أحد أصرح بذلک نفیا أو إثباتا نعم ذکروا فی الإجارة و الصداق و عوض الخلع ضمانها لو تلف قبل القبض لکن ثبوت الحکم عموما مسکوت عنه فی کلماتهم إلا أنه یظهر من بعض مواضع التذکرة عموم الحکم لجمیع المعاوضات علی وجه یظهر کونه

المکاسب، ج۳، ص ۳۱۵

من المسلمات قال فی مسألة جواز بیع ما انتقل بغیر البیع قبل القبض و المال المضمون فی ید الغیر بالقیمة کالعاریة المضمونة أو بالتفریط و یسمی ضمان الید یجوز بیعه قبل قبضه لتمام الملک فیه إلی أن قال أما ما هو مضمون فی ید الغیر بعوض فی عقد معاوضة فالوجه جواز بیعه قبل قبضه کمال الصلح و الأجرة المعینة لما تقدم و قال الشافعی لا یصح لتوهم الانفساخ بتلفه کالبیع انتهی و ظاهر هذا الکلام کونه مسلما بین الخاصة و العامة.

مسألة لو تلف بعض المبیع قبل قبضه

فإن کان مما یقسط الثمن علیه انفسخ البیع فیه

فیما یقابله من الثمن لأن التالف مبیع تلف قبل قبضه فإن البیع یتعلق لکل جزء إذ البیع عرفا لیس إلا التملیک بعوض و کل جزء کذلک. نعم إسناد البیع إلی جزء واحد مقتصرا علیه یوهم انتقاله بعقد مستقل و لذا لم یطلق علی بیع الکل البیوع المتعددة و کیف کان فلا إشکال و لا خلاف فی المسألة

إن کان الجزء مما لا یتقسط علیه الثمن

کید العبد فالأقوی أنه کالوصف الموجب للتعیب فإن قلنا بکونه کالحادث قبل العقد فالمشتری مخیر بین الرد و الأرش و إلا کان له الرد فقط بل عن الإیضاح أن الأرش هنا أظهر لأن المبیع هو مجموع بدن العبد و قد نقص بعضه بخلاف نقصان الصفة و فیه تأمل بل ظاهر الشرائع عدم الأرش هنا مع قوله به فی العیب فتأمل.

و کیف کان فالمهم نقل الکلام إلی حکم العیب الحادث قبل القبض

اشارة

و الظاهر المصرح به فی کلام غیر واحد أنه لا خلاف فی أن للمشتری الرد-

و أما الخلاف فی الأرش

اشارة

ففی الخلاف عدمه مدعیا عدم الخلاف فیه و هو المحکی عن الحلی و ظاهر المحقق و تلمیذه و کاشف الرموز لأصالة لزوم العقد و إنما ثبت الرد لدفع تضرر المشتری به و عن النهایة ثبوته و اختاره العلامة و الشهیدان و المحقق الثانی و غیرهم و عن المختلف نقله عن القاضی و الحلبی و عن المسالک أنه المشهور-

[المشهور ثبوت الأرش و الاستدلال علیه]

اشارة

و استدلوا علیه بأن الکل مضمون قبل القبض فکذا أبعاضه و صفاته و أورد علیه بأن معنی ضمان الکل انفساخ العقد و رجوع الثمن إلی المشتری و المبیع إلی البائع. و هذا المعنی غیر متحقق فی الوصف لأن انعدامه بعد العقد فی ملک البائع لا یوجب رجوع ما قابله من عین الثمن بل یقابل بالأعم منه و مما یساویه من غیر الثمن لأن الأرش لا یتعین کونه من عین الثمن و یدفع بأن وصف الصحة لا یقابل ابتداء بجزء من عین الثمن و لذا یجوز دفع بدله من غیر الثمن مع فقده بل لا یضمن بمال أصلا لجواز إمضاء العقد علی المعیب بلا شیء و حینئذ فتلفه علی المشتری لا یوجب رجوع شیء إلی المشتری فضلا عن جزء من عین الثمن بخلاف الکل و الأجزاء المستقلة فی التقویم. فحاصل معنی الضمان إذا انتفی وصف الصحة قبل العقد أو انعدم بعد العقد و قبل القبض هو تقدیر التلف المتعلق بالعین أو الوصف فی ملک البائع فی المقامین و أن العقد من هذه الجهة کأن لم یکن و لازم هذا انفساخ العقد رأسا إذا تلف تمام المبیع و انفساخه بالنسبة إلی بعض أجزائه إذا تلف البعض و انفساخ العقد بالنسبة إلی الوصف بمعنی فواته فی ملکه و تقدیر العقد کأن لم یکن بالنسبة إلی حدوث هذا العیب فکان العیب حدث قبل العقد و العقد قد وقع علی عین معیبة فیجری فیه جمیع أحکام العیب من الخیار و جواز إسقاط الخیار ردا و أرشا

[ما یؤید ثبوت الأرش]

و یؤید ما ذکرنا من اتحاد معنی الضمان بالنسبة إلی ذات المبیع و وصف صحته الجمع بینهما فی تلف الحیوان فی أیام الخیار و تعیبه فی صحیح ابن سنان: عن الرجل یشتری الدابة أو العبد فیموت أو یحدث فیه حدث علی من ضمان ذلک قال علی البائع یمضی الشرط. فقوله ع: علی البائع حکم بالضمان لموت العبد و حدوث حدث فیه بفوات جزء أو وصف و معناه تقدیر وقوعه فی ملک البائع.

[الإشکال فی ثبوت الأرش]

نعم قد یشکل الحکم المذکور لعدم الدلیل علی ضمان الوصف لأن الضمان بهذا المعنی حکم مخالف للأصل یقتصر فیه علی محل النص و الإجماع و هو تلف الکل أو البعض و لو لا الإجماع علی جواز الرد لأشکل الحکم به أیضا إلا أنه لما استند فی الرد إلی نفی الضرر قالوا إن الضرر المتوجه إلی المبیع قبل القبض یجب تدارکه علی البائع و حینئذ فقد یستوجه ما ذکره العلامة من أن الحاجة قد تمس إلی المعاوضة فیکون فی الرد ضرر و کذلک فی الإمساک بغیر أرش فیوجب التخییر بین الرد و الأرش لنفی الضرر لکن فیه أن تدارک ضرر الصبر علی المعیب یتحقق بمجرد الخیار فی الفسخ و الإمضاء کما فی سائر موارد الضرر الداعی إلی الحکم بالخیار هذا

[الأقوی قول المشهور]

و مع ذلک فقول المشهور لا یخلو عن قوة

هذا کله مع تعیبه بآفة سماویة

و أما لو تعیب بفعل أحد

فإن کان هو المشتری فلا ضمان بأرشه و إلا کان له علی الجانی أرش جنایته- لعدم الدلیل علی الخیار فی العیب المتأخر إلا أن یکون بآفة سماویة و یحتمل تخییر المشتری بین الفسخ و الإمضاء مع تضمین الجانی لأرش جنایته بناء علی جعل العیب قبل القبض مطلقا موجبا للخیار و مع الفسخ یرجع البائع علی الأجنبی بالأرش-.

مسألة الأقوی من حیث الجمع بین الروایات حرمة بیع المکیل و الموزون قبل قبضه إلا تولیة

لصحیحة ابن حازم المرویة فی الفقیه: إذا اشتریت متاعا فیه کیل أو وزن فلا تبعه حتی تقبضه إلا تولیه فإن لم یکن فیه کیل أو وزن فبعه و صحیح الحلبی فی الکافی عن أبی عبد الله ع قال: فی الرجل یبتاع الطعام ثم یبیعه قبل أن یکتال قال لا یصلح له ذلک و صحیحة الآخر فی الفقیه قال: سألت أبا عبد الله ع عن قوم اشتروا بزا فاشترکوا فیه جمیعا و لم یقتسموا أ یصلح لأحد منهم بیع بزه قبل أن یقبضه و یأخذ ربحه قال لا بأس به و قال إن هذا لیس بمنزلة الطعام لأن الطعام یکال بناء علی أن المراد قبل أن یقبضه من البائع أما إذا أرید من ذلک عدم قبض حصته من ید الشرکاء فلا یدل علی ما نحن فیه لتحقق القبض بحصوله فی ید أحد الشرکاء المأذون عن الباقی. و روایة معاویة بن وهب قال: سألت أبا عبد الله ع عن الرجل یبیع البیع قبل أن یقبضه فقال ما لم یکن کیل أو وزن فلا یبعه حتی یکیله أو یزنه إلا- أن یولیه بالذی قام علیه و صحیحة منصور فی الفقیه قال: سألت أبا عبد الله ع عن رجل یشتری مبیعا لیس فیه کیل و لا- وزن أ له أن یبیعه مرابحة قبل أن یقبضه و یأخذ ربحه قال لا بأس بذلک ما لم یکن کیل أو وزن فإن هو قبضه کان أبرء لنفسه و صحیح الحلبی: فی الرجل یبتاع الطعام أ یصلح بیعه قبل أن یقبضه قال إذا ربح لم یصلح حتی یقبضه و إن کان تولیة فلا بأس و خبر حزام المروی عن مجالس الطوسی

المکاسب، ج۳، ص ۳۱۶

قال: ابتعت طعاما من طعام الصدقة فأربحت فیه قبل أن أقبضه فأردت بیعه فسألت النبی ص فقال لا تبعه حتی تقبضه و مفهوم روایة خالد بن حجاج الکرخی قال: قلت لأبی عبد الله ع أشتری الطعام إلی أجل مسمی فطلبه التجار منی بعد ما اشتریت قبل أن أقبضه قال لا- بأس إلی أن تبیع إلی أجل کما اشتریت إلیه الخبر و المراد تأجیل الثمن و قوله کما اشتریت إشارة إلی کون البیع تولیة فیدل علی ثبوت البأس فی غیر التولیة و مصححة علی بن جعفر عن أخیه: عن الرجل یشتری الطعام أ یصلح بیعه قبل أن یقبضه قال إذا ربح لم یصلح حتی یقبض و إن کان تولیة فلا بأس و فی معناها روایة أخری خلافا للمحکی عن الشیخین فی المقنعة و النهایة و القاضی و المشهور بین المتأخرین- فالکراهة لروایات صارفة لظواهر الروایات المتقدمة إلی الکراهة مثل ما فی الفقیه فی ذیل روایة الکرخی المتقدمة: قلت لأبی عبد الله ع أشتری الطعام من الرجل ثم أبیعه من رجل آخر قبل أن أکتاله فأقول له ابعث وکیلک حتی یشهد کیله إذا قبضته قال لا بأس و روایة جمیل بن دراج عن أبی عبد الله ع: فی الرجل یشتری الطعام ثم یبیعه قبل أن یقبضه قال لا بأس و یوکل الرجل المشتری منه بقبضه وکیله قال لا بأس.

[الأولی حمل الروایات المجوزة علی التولیة]

اشارة

و هـذه الروايات مطلقـة يمكن حملها على التوليـة و هو أولى من حمل تلك الأخبار على الكراهـة مع أن اسـتثناء التولية حينئذ يوجب نفى الكراهة فيها مع أن الظاهر عدم الخلاف فى الكراهة فيها أيضا بين أرباب هذا القول و إن كانت أخف

[الاستئناس للجمع بالكراهة بخبر أبى بصير و المناقشة فيه]

و من ذلـك يعلم ما فى الاستيناس للجمع بالكراهـة بخبر أبى بصـير: سألت أبا عبـد الله ع عن رجل اشترى طعاما ثم باعه قبل أن يكيله قال لا يعجبنى أن يبيع كيلا أو وزنا قبل أن يكيله أو يزنه إلا أن يوليه كما اشتراه فلا بأس أن يوليه كما اشتراه إذا لم يربح به أو يضع و مـا كان عنـده من شـىء ليس بكيل و لا وزن فلا بأس أن يبيعه قبل أن يقبضه بناء على أن قوله لا يعجبنى ظاهر فى الكراهـة فإن ذلك يوجب رفع الكراهـة رأسا فى التوليـة لأنه فى قوة أن ذلك فى التولية ليس مما لا يعجبنى مع أن القائلين بالكراهة لا يفرقون بين التولية و غيرها فى أصل الكراهة و إن صرح بعضهم بكونها فى التولية أخف

و ربما يستدل على الجواز بصحيحتى الحلبى و ابن مسلم

فى جواز بيع الثمرة المشتراة قبل قبضها لكن لا يبعد إرادة الثمرة على الشجرة فيخرج عن المكيل و الموزون

و ربما يستأنس للجواز بالأخبار الواردة فى جواز بيع السلم على من هو عليه

بنـاء على عـدم الفرق بين المسألتين و فيه تأمل لعـدم ثبوت ذلك بل الظاهر أن محل الخلاف هنا هو بيع غير المقبوض على غير البائع كمـا يسـتفاد من ذكر القائلين بالجواز فى تلك المسألـة و القائلين بالتحريم هنا. و قـد جعل العلامـة بيع غير المقبوض على بائعه مسألة أخرى ذكرها بعد مسألتنا و فروعها و ذكر أن المجوزين فى المسألة الأولى جزموا بالجواز هنا و اختلف المانعون فيها هنا و من العجب ما عن التنقيح من الإجماع على جواز بيع السلم على من هو عليه مع إجماع المبسوط على المنع عن بيع السلم قبل القبض مصرحا بعدم الفرق بين المسلم إليه و غيره

[الحكم فى غير المكيل و الموزون]

ثم إن صـريح التحرير و الـدروس الإجماع على الجواز فى غير المكيل و الموزون مع أن المحكى فى التـذكرة عن بعض علمائنا القول بالتحريم مطلقا و نسبه فى موضع آخر إلى جماعة منا و صـريح الشيخ فى المبسوط اختيار هذا القول قال فى باب السلم إذا أسلف فى شىء فلاـ يجوز أن يشـرك فيه غيره و لاـ أن يوليه لأن النبى ص نهى عن بيع ما لم يقبض و قال: من أسـلف فى شـىء فلا يصـرفه إلى غيره إلى أن قال و بيوع الأعيان مثل ذلك إن لم يكن قبض المبيع فلا يصح الشـركة و لا التولية و إن كان قد قبضه صـحت الشـركة و التولية فيه بلا خلاف و قد روى أصحابنا جواز الشركة فيه و التولية قبل القبض

[أقوال خمسة فى بيع المكيل و الموزون قبل القبض]

ثم إن المحكى عن المهذب البارع عدم وجدان العامل بالأخبار المتقدمة المفصـلة بين التولية و غيرها و هو عجيب فإن التفصيل حكاه فى التـذكرة قولاـ خامسـا فى المسألـة لأقوال علمائنا و هى الكراهـة مطلقا و المنع مطلقا و التفصـيل بين المكيل و الموزون و غيرهما و التفصـيل بين الطعام و غيره بالتحريم و العدم و هو قول الشيخ فى المبسوط مدعيا عليه الإجماع و بالكراهة و العدم و هنا سادس اختاره

فی التحریر و هو التفصیل فی خصوص الطعام بین التولیة و غیرها بالتحریم و الکراهة فی غیره من المکیل و الموزون. و المراد بالطعام یحتمل أن یکون مطلق ما أعد للأکل کما قیل إنه موضوع له لغة و یحتمل أن یکون خصوص الحنطة و الشعیر بل قیل إنه معناه شرعا و حکی عن فخر الدین نقله عن والده و حکی اختیاره عن بعض المتأخرین و عن الشهید أنه حکی عن التحریر أنه الحنطة خاصة و حکی عن بعض أهل اللغة ثم إن الظاهر أن أصل عنوان المسألة مختص بالمبیع الشخصی کما یظهر من الاستدلال فی التذکرة للمانعین بضعف الملک قبل القبض لانفساخه بالتلف و کون المبیع مضمونا علی البائع فولایة المشتری علی التصرف ضعیفة. و ذکر فی التذکرة الکلی غیر المقبوض فی فروع المسألة و قال المبیع إن کان دینا لم یجز بیعه قبل قبضه عند المانعین لأن المبیع مع تعیینه لا یجوز بیعه قبل قبضه فمع عدمه أولی فلا یجوز بیع السلم قبل قبضه و لا الاستبدال به و به قال الشافعی انتهی. و کیف کان فلا فرق فی النص و الفتوی بناء علی المنع بین المبیع المعین و الکلی بل و لا بناء علی الجواز

[هل المنع تکلیفی أو وضعی]

ثم إن ظاهر أکثر الأخبار المتقدمة المانعة بطلان البیع قبل القبض و هو المحکی عن صریح العمانی- بل هو ظاهر کل من عبر بعدم الجواز الذی هو معقد إجماع المبسوط فی خصوص الطعام فإن جواز البیع و عدمه ظاهران فی الحکم الوضعی إلا أن المحکی عن المختلف أنه لو قلنا بالتحریم لم یلزم بطلان البیع لکن صریحه فی مواضع من التذکرة و فی القواعد أن محل الخلاف و الصحة و البطلان. و بالجملة فلا ینبغی الإشکال فی أن محل الخلاف فی کلمات الأکثر هو الحکم الوضعی

و ینبغی التنبیه علی أمور

اشارة

ثم إن ظاهر أکثر الأخبار المتقدمة المانعة بطلان البیع قبل القبض و هو المحکی عن صریح العمانی- بل هو ظاهر کل من عبر بعدم الجواز الذی هو معقد إجماع المبسوط فی خصوص الطعام فإن جواز البیع و عدمه ظاهران فی الحکم الوضعی إلا أن المحکی عن المختلف أنه لو قلنا بالتحریم لم یلزم بطلان البیع لکن صریحه فی مواضع من التذکرة و فی القواعد أن محل الخلاف و الصحة و البطلان. و بالجملة فلا ینبغی الإشکال فی أن محل الخلاف فی کلمات الأکثر هو الحکم الوضعی

الأول أن ظاهر جماعة عدم لحوق الثمن بالمبیع فی هذا الحکم

فیصح بیعه قبل قبضه قال فی المبسوط أما الثمن إذا کان معینا فإنه یجوز بیعه قبل قبضه و إن کان فی الذمة فکذلک یجوز لأنه لا مانع منه ما لم یکن صرفا فأما إذا کان صرفا فلا یجوز بیعه قبل القبض و فی موضعین من التذکرة قوی الجواز إذا کان الثمن کلیا فی الذمة و هو ظاهر جامع المقاصد فی شرح قول المصنف قدس سره و لو أحال من له طعام من سلم إلخ. و استدل علیه فی التذکرة بقول الصادق ع: و قد سئل عن الرجل باع طعاما بدراهم إلی أجل فلما بلغ الأجل تقاضاه فقال لیس عندی دراهم خذ منی طعاما قال لا بأس إنما له دراهمه یأخذ بها ما شاء و یمکن أن یقال إن المطلوب جعل الثمن مبیعا فی العقد الثانی لا ثمنا أیضا کما هو ظاهر الروایة مع اختصاصها بالبیع ممن هو علیه فلا یعم إلا بعدم الفصل لو ثبت و

المکاسب، ج۳، ص ۳۱۷

صرح فی أواخر باب السلم بإلحاق الثمن المعین بالمبیع و یؤیده تعلیل المنع فی طرف المبیع بقصور ولایة المشتری لانفساخ العقد

بتلفه فإنه جار فی الثمن المعین.

الثانی هل البیع کنایة عن مطلق الاستبدال

فلا یجوز جعله ثمنا و لا عوضا فی الصلح و لا أجرة و لا وفاء عما علیه أم یختص بالبیع ظاهر عنواناتهم الاختصاص بالبیع و أظهر منها فی الاختصاص قوله فی التذکرة الأقرب عندی أن النهی به متعلق بالبیع لا بغیره من المعاوضات و أظهر من الکل قوله فی مواضع أخر لو کان لزید عند عمرو طعام من سلم فقال لزید خذ هذه الدراهم عن الطعام الذی لک عندی لم یجز عند الشافعی لأنه بیع المسلم فیه قبل القبض و الأولی عندی الجواز و لیس هذا بیعا و إنما هو نوع معاوضة انتهی و أصرح من الکل تصریحه فی موضع ثالث بجواز الصلح عن المسلم فیه قبل القبض لأنه عقد مستقل لا یجب مساواته للبیع فی أحکامه و قد صرح جامع المقاصد أیضا فی غیر موضع باختصاص الحکم بالبیع دون غیره و قد تقدم فی کلامه أنه لا یجوز بیع السلم قبل قبضه و لا الاستبدال به لکن العلامة قد عبر بلفظ الاستبدال فی کثیر من فروع مسألة البیع قبل القبض مع أن ما استدل به للمانعین من قصور ولایة المشتری فی التصرف لانفساخ العقد بالتلف جار فی مطلق التصرف فضلا عن المعاوضة. و قد صرح الشیخ فی المبسوط فی باب الحوالة بأنها معاوضة و المعاوضة علی المسلم فیه قبل القبض غیر جائز و هو و إن رجع عن الصغری فیما بعد ذلک لکنه لم یرجع عن الکبری. و صرح فی الإیضاح بابتناء الفرع الآتی أعنی إحالة من علیه طعام لغریمه علی من له علیه طعام علی أن الحوالة معاوضة مستقلة أو استیفاء و أن المعاوضة قبل القبض حرام أو مکروه و إرادة خصوص البیع من المعاوضة لیست بأولی من إرادة خصوص البیع من المعاوضة لیست بأولی من إرادة مطلق المعاوضة من البیع فی قولهم إن الحوالة بیع أو لیست بیعا بل هذه أظهر فی کلماتهم.

و قد صرح الأکثر بأن تراضی المسلم و المسلم إلیه علی قیمة المسلم فیه من بیع الطعام قبل القبض فاستدلوا بأخباره علی جوازه و یؤیده أیضا قوله فی التذکرة لو کان لزید طعام علی عمرو سلما و لخالد مثله علی زید فقال زید اذهب إلی عمرو و اقبض لنفسک ما لی علیه لم یصح لخالد عند أکثر علمائنا و به قال الشافعی و أحمد: لأن النبی ص نهی عن بیع الطعام بالطعام حتی یجزی فیه صاعان صاع البائع و صاع المشتری و سیأتی ابتناء هذا الفرع فی کلام جماعة علی مسألة البیع قبل القبض. نعم ذکر الشهید أنه کالبیع قبل القبض و صرح بابتناء الحکم فیما لو قال للمسلم اشتر لی بهذه الدراهم طعاما و اقبضه لنفسک علی حکم البیع قبل القبض و کیف کان فالمسألة محل إشکال من حیث اضطراب کلماتهم إلا أن الاقتصار فی مخالفة الأصل علی المتیقن هو المتعین و منه یظهر جواز بیع ما انتقل بغیر البیع من المعاوضات کالصلح و الإجارة و الخلع کما صرح به فی الدروس فضلا عن مثل الإرث و القرض و مال الکتابة و الصداق و غیرها. نعم لو ورث ما اشتری و لم یقبض أو أصدقه أو عوض عن الخلع جری الخلاف فی بیعه.

الثالث هل المراد من البیع المنهی إیقاع عقد البیع علی ما لم یقبض أو ما یعم تشخیص الکلی المبیع به

فیکون المنهی عنه نقل ما لم یقبض بسبب خاص هو البیع کما لو نهی عن بیع أم الولد أو حلف علی أن یبیع مملوکه حیث لا فرق بین إیقاع البیع علیه أو دفعه عن الکلی المبیع ظاهر النص و الفتوی و إن کان هو الأول بل هو المتعین فی الأخبار المفصلة بین التولیة و غیرها إلا أن المعنی الثانی لا یبعد عن سیاق مجموع الأخبار و علیه فلو کان علیه سلم لصاحبه فدفع إلیه دراهم و قال اشتر لی بها طعاما و اقبضه لنفسک جری فیه الخلاف فی بیع ما لم یقبض کما صرح به فی الدروس و لکن فی بعض الروایات دلالة علی الجواز مثل صحیحة یعقوب بن شعیب قال: سألت أبا عبد الله ع عن الرجل یکون له علی الآخر أحمال من رطب أو تمر فیبعث علیه بدنانیر فیقول اشتر بهذه و استوف منه الذی لک قال لا بأس إذا ائتمنه لکن فی صحیحة الحلبی قال: سألت أبا عبد الله ع عن رجل أسلفته دراهم فی طعام فلما حل طعامی علیه بعث إلی بدراهم فقال اشتر لنفسک طعاما و استوف حقک قال أری أن یولی ذلک غیرک و تقوم معه حتی یقبض الذی لک و لا تتول أنت شراءه و فی موثقة عبد الرحمن یکون معه غیره یوفیه ذلک لکن ظاهر الخبرین کراهة مباشرة

الشراء من جهة كونه فى معرض التهمة و المطلوب صحة الشراء و عدم جواز الاستيفاء ثم إن هذا كله إذا كان الطعام المشترى شخصيا. و أما إذا وكله فى شراء الكلى فلا يجرى فيه ذلك لأن تشخيص ما باعه سلما فى الطعام الكلى المشترى موقوف على قبضه ثم إقباضه و بدون ذلك لا يمكن الإيفاء إلا بالحوالة أو التوكيل فيدخل المسألة فيما ذكره فى الشرائع و غيرها تبعا للمبسوط بل نسب إلى المشهور من أنه لو كان له على غيره طعام من سلم و عليه مثل ذلك فأمر غريمه أن يكتال لنفسه من الآخر فإنه يكره أو يحرم على الخلاف. و قد علل ذلك فى الشرائع بأنه قبضه عوضا عن ماله قبل أن يقبضه صاحبه و ذكر المسألة فى القواعد بعنوان الحوالة قال لو أحال من عليه طعام من سلم بقبضه على من له عليه مثله من سلم فالأقوى الكراهة و على التحريم يبطل لأنه قبضه عوضا عن ماله قبل أن يقبضه صاحبه و بنى فى الإيضاح جريان الخلاف فى المسألة على أن الحوالة معاوضة على مال المسلم قبل القبض حرام أو مكروه و أنكر جماعة ممن تأخر عن العلامة كون هذه المسألة من محل الخلاف فى بيع ما لم يقبض بناء على أن الحوالة ليست معاوضة فضلا عن كونها بيعا بل هى استيفاء. أقول ذلك إما وكالة و إما حوالة و على كل تقدير يمكن تعميم محل الخلاف لمطلق المعاوضة و يكون البيع كناية عنها و لذا نسب فيما عرفت من عبارة التذكرة المنع فى هذه المسألة إلى أكثر علمائنا و جماعة من العامة محتجين بالنبوى المانع عن بيع ما لم يقبض. و استند الشيخ رحمه الله أيضا فى المنع إلى الإجماع على عدم جواز بيع ما لم يقبض و قد عرفت ما ذكره الشيخ فى باب الحوالة و لعله لذا قال الشهيد فى الدروس فى حكم المسألة إنه كالبيع قبل القبض لكنه رحمه الله تعرض فى بعض تحقيقاته لتوجيه إدراج المسألة فى البيع بأن مورد السلم لما كان ماهية كلية ثابتة فى الذمة منطبقة على أفراد لا نهاية لها فأى فرد عينه المسلم إليه تشخص بذلك الفرد و انصب العقد عليه فكأنه لما قال الغريم اكتل من غريمى فلان قد جعل عقد السلم معه و أرادا على ما فى ذمة المسلف منه و لما يقبضه بعد و لا ريب أنه مملوك له بالبيع فإذا جعل موردا للسلم الذى هو بيع يكون بيعا للطعام قبل قبضه فيتحقق الشرطان و يلحق بالباب

المكاسب، ج۳، ص ۳۱۸

و هذا من لطائف الفقه انتهى و اعترضه فى المسالك بأن مورد السلم و نظائره من الحقوق الثابتة فى الذمة لما كان أمرا كليا كان البيع المتحقق به هو الأمر الكلى و ما يتعين لذلك من الأعيان الشخصية بالحوالة و غيرها ليس هو نفس المبيع و إن كان الأمر الكلى إنما يتحقق فى ضمن الأفراد الخاصة فإنها ليست عينه و من ثم لو ظهر المدفوع مستحقا أو معيبا يرجع الحق إلى الذمة و المبيع المعين ليس كذلك و حينئذ فانصباب العقد على ما قبض و كونه حينئذ مبيعا غير واضح فالقول بالتحريم به عند القائل به فى غيره غير متوجه انتهى أقول ما ذكره من منع تشخيص المبيع فى ضمن الفرد الخاص المدفوع و إن كان حقا من حيث عدم انصباب العقد عليه إلا أنه يصدق عليه انتقاله إلى المشترى بعقد البيع فإذا نهى الشارع عن بيع ما لم يقبض نظير نهيه عن بيع أم الولد و عن بيع ما حلف على ترك بيعه فإنه لا فرق بين إيقاع العقد عليه و بين دفعه عن الكلى المبيع لكن يرد على ما ذكره الشهيد عدم تشخيص الكلى بالكلى إلا بالحوالة الراجعة إلى الاستيفاء أو المعاوضة و هذا لا يسوغ إطلاق البيع على الكلى المتشخص به بحيث يصدق أنه انتقل إلى المحال بناقل البيع. نعم هذا التوجيه إنما يستقيم فى الفرع المتقدم عن الدروس و هو ما إذا أمره بقبض الطعام الشخصى الذى اشتراه للمشترى فإن مجرد قبضه بإذن البائع مشخص للكلى المبيع فى ضمنه فيصدق أنه انتقل بالبيع قبل أن يقبض و يمكن أن يقال إن تشخيص الكلى المبيع فى الكلى المشترى يكفى فيه إذن البائع فى قبض بعض أفراد الكلى المشترى من دون حاجة إلى حوالة فإذا وقع فرد منه فى يد المشترى صدق أنه انتقل بالبيع قبل القبض و كيف كان فالأظهر فى وجه إدخال هذه المسألة فى محل الخلاف تعميم مورد الخلاف لمطلق الاستبدال حتى المحقق بالحوالة و إن لم نقل بكونها بيعا و المسألة تحتاج إلى فضل تتبع و الله الموفق. و استدل فى الحدائق على الجواز بما عن المشايخ الثلاثة بطريق صحيح و موثق عن عبد الرحمن بن أبى عبد الله قال: سألت أبا عبد الله ع عن الرجل عليه كر من طعام فاشترى كرا من رجل آخر فقال للرجل انطلق فاستوف كرك قال لا بأس به و فيه أنه لا دلالة لها على محل الكلام لأن الكلام فيما إذا كان المالان سلمين و مورد الرواية إعطاء ما اشترى به قبل قبضه وفاء عن دين لم يعلم أنه سلم أو قرض أو

غيرهما و قد استدل به فى التذكرة على جواز إيفاء القرض بمال السلم و لذا قال جامع المقاصد فى شرح قوله رحمه الله و لو أحال من عليه طعام من سلم بقبضه على من له عليه مثله من سام إلخ فإن قلت لم اعتبر كون المالين معا سلمين قلت لأن المنع إنما هو من بيع ما لم يقبض و إذا كان أحد المالين سلما دون الآخر لم يتعين لكونه مبيعا لإمكان اعتباره ثمنا إذ لا معين لأحدهما انتهى و يمكن أن يقال إن ظاهر الحوالة بناء على كونها معاوضة كون المحيل مملكا فى ذمة غريمه بإزاء ما لغريمه عليه فماله معوض و مال غريمه عوض فإذا كان ماله على غريمه سلما كفى فى المنع عن تمليكه بإزاء مال غريمه عليه لأنه من بيع ما لم يقبض و حينئذ فيتم الاستدلال بالرواية. نعم لو كان ما عليه سلما دون ماله أمكن خروجه عن المسألة لأن الظاهر هنا كون المسلم ثمنا و عوضا و إلى هذا ينظر بقوله فى القواعد و التحرير تبعا للشرائع و لو كان المالان أو المحال به قرضا صح. و لا وجه لاعتراض جامع المقاصد عليه بأنه لا وجه لتخصيص المحال به بالذكر مع أن العكس كذلك و استحسان تعبير الدروس بلفظ أحدهما ثم قال و ليس له أن يقول إن المحال به شبيه بالمبيع من حيث تخيل كونه مقابلا بالآخر إذ ربما يقال إن شبهه بالثمن أظهر لاقترانه بالباء و كل ذلك ضعيف انتهى. و فيه ما لا يخفى فإن الباء هنا ليس للعوض و ظهور الحوالة فى كون إنشاء التمليك من المحيل لا ينكر و احتمال كونه متملكا مال غريمه بمال نفسه كما فى المشترى المقدم لقبوله على الإيجاب بعيد و يدل على هذا أيضا قولهم إن الحوالة بيع فإن ظاهره كون المحيل بائعا ثم إن المفروض فى المسألة المذكورة ما لو أذن المحيل المحال فى اكتياله لنفسه بأن يأتى بلفظ الإحالة كما فى عبارة القواعد أو يقول له اكتل

لنفسك كما فى عبارتى المبسوط و الشرائع أما لو وكله فى القبض عن الآذن ثم القبض لنفسه فيكون قابضا مقبضا مبنى على جواز تولى طرفى القبض و الأقرب صحته لعدم المانع.

الرابع ذكر جماعة أنه لو دفع إلى من له عليه طعام دراهم و قال اشتر بها لنفسك طعاما لم يصح

لأن مال الغير يمتنع شراء شيء به لنفسه و وجهه أن قضية المعاوضة انتقال كل عوض إلى ملك من خرج عن ملكه العوض الآخر فلو انتقل إلى غيره لم يكن عوضا و يمكن نقض هذا بالعوض المأخوذ بالمعاطاة على القول بإفادتها للإباحة فإنه يجوز أن يشترى به شيئا لنفسه على ما فى المسالك من جواز جميع التصرفات بإجماع القائلين بصحة المعاطاة. و أيضا فقد ذكر جماعة منهم العلامة فى المختلف و قطب الدين و الشهيد على ما حكى عنهما أن مال الغير المنتقل عنه بإزاء ما اشتراه عالما بكونه مغصوبا باق على ملكه و يجوز لبائع ذلك المغصوب التصرف فيه بأن يشترى به شيئا لنفسه و يملكه بمجرد الشراء قال فى المختلف بعد ما نقل عن الشيخ فى النهاية أنه لو غصب مالا و اشترى به جارية كان الفرج له حلالا و بعد ما نقل مذهب الشيخ فى ذلك فى غير النهاية و مذهب الحلى أن كلام النهاية يحتمل أمرين أحدهما اشتراء الجارية فى الذمة كما ذكره فى غير النهاية الثانى أن يكون البائع عالما بغصب المال فإن المشترى حينئذ يستبيح وطء الجارية و عليه وزر المال انتهى و قد تقدم فى فروع بيع الفضولى و فى فروع المعاطاة نقل كلام القطب و الشهيد و غيرهما و يمكن توجيه ما ذكر فى المعاطاة بدخول المال آنا ما قبل التصرف فى ملك المتصرف كما يلزمهم القول بذلك فى وطء الجارية المأخوذة بالمعاطاة و توجيه الثانى بأنه فى معنى تمليك ماله مجانا بغير عوض و كيف كان فالمعاوضة لا تعقل بدون قيام كل عوض مقام معوضه و إذا ثبت على غير ذلك فلا بد من توجيهه إما بانتقال أحد العوضين إلى غير مالكه قبل المعاوضة و إما بانتقال العوض الآخر إليه بعدها. و من هنا يمكن أن يحمل قوله فيما نحن فيه اشتر بدراهمى طعاما لنفسك على إرادة كون اللام لمطلق النفع لا للتمليك بمعنى اشتر فى ملكى و خذه لنفسك كما ورد فى مورد بعض الأخبار السابقة: اشتر لنفسك طعاما و استوف حقك و يمكن أن يقال إنه إذا اشترى لنفسه بمال الغير وقع البيع فضولا- كما لو باع الغير لنفسه فإذا قبضه فأجاز المالك الشراء و القبض تعين له. و حيث كان استمراره بيد المشترى قبضا فقد قبض ماله على مالك الطعام فافهم.

مسألة لو كان له طعام على غيره- فطالبه به فى غير مكان حدوثه فى ذمته

اشارة

فهنا مسائل ثلاث

أحدها أن يكون المال سلما

بأن أسلفه طعاما فى العراق و طالبه بالمدينة مع عدم اشتراط تسليمه بالمدينة- فلا إشكال

المكاسب، ج٣، ص ٣١٩

فى عدم وجوب أدائه فى ذلك البلد و أولى بعدم الوجوب ما لو طالبه بقيمة ذلك البلد و لو طالبه فى ذلك البلد بقيمته فى بلد وجوب التسليم و تراضيا على ذلك قال الشيخ لم يجز- لأنه بيع الطعام قبل قبضه و هو حسن بناء على إرادة بيع ما فى ذمته بالقيمة أو إرادة مطلق الاستبدال من البيع المنهى عنه أما لو جعلنا المنهى عنه عن خصوص البيع و لم يحتمل التراضى على خصوص كون القيمة ثمنا بل احتمل كونه مثمنا و السلم ثمنا فلا وجه للتحريم لكن الإنصاف ظهور عنوان القيمة خصوصا إذا كان من النقدين فى الثمنية فيبنى الحكم على انصراف التراضى المذكور إلى البيع أو القول بتحريم مطلق الاستبدال و أما إذا لم يرض المسلم إليه ففى جواز إجباره على ذلك قولان المشهور كما قيل العدم- لأن الواجب فى ذمته هو الطعام لا القيمة. و عن جماعة منهم العلامة فى التذكرة الجواز لأن الطعام الذى يلزم دفعه معدوم فكان كما لو عدم الطعام فى بلد يلزمه التسليم فيه و توضيحه أن الطعام قد حل و التقصير من المسلم إليه حيث إنه لو كان فى ذلك البلد أمكنه أداء الواجب بتسليم المال إلى المشترى إن حضر و إلا دفعه إلى وليه و لو الحاكم أو عزله و كيف كان فتعذر البراءة مستند إلى غيبته فللغريم مطالبة قيمة بلد الاستحقاق حينئذ و قد يتوهم أنه يلزم من ذلك جواز مطالبة الطعام و إن كان أزيد قيمة كما سيجىء القول بذلك فى القرض و لو كان الطعام فى بلد المطالبة مساويا فى القيمة لبلد الاستحقاق فالظاهر وجوب الطعام عليه لعدم تعذر الحق و المفروض عدم سقوط المطالبة بالغيبة عن بلد الاستحقاق فيطالبه بنفس الحق.

الثانية أن يكون ما عليه قرضا

و الظاهر عدم استحقاق المطالبة بالمثل مع اختلاف القيمة لأنه إنما يستحقها فى بلد القرض فإلزامه بالدفع فى غيره إضرار خلافا للمحكى عن المختلف و قواه جامع المقاصد هنا لكنه جزم بالمختار فى باب القرض أما مطالبته بقيمة بلد الاستحقاق فالظاهر جوازها وفاقا للفاضلين و حكى عن الشيخ و القاضى. و عن غاية المرام نفى الخلاف لما تقدم من أن الحق هو الطعام على أن يسلم فى بلد الاستحقاق و قد تعذر بتعذر قيده لا بامتناع ذى الحق فلا وجه لسقوطه غاية الأمر الرجوع إلى قيمته لأجل الإضرار و لذا لو لم يختلف القيمة فالظاهر جواز مطالبته بالمثل لعدم التضرر لكن مقتضى ملاحظة التضرر إناطة الحكم بعدم الضرر على المقترض أو بمصلحته و لو من غير جهة اختلاف القيمة كما فعله العلامة فى القواعد و شارحه جامع المقاصد ثم إنه اعترف فى المختلف بتعين قيمة بلد القرض مع تعذر المثل فى بلد المطالبة و فيه تأمل فتأمل. و ظاهر بعض عدم جواز المطالبة لا بالمثل و لا بالقيمة و كأنه يتفرع على ما عن الشهيد رحمه الله فى حواشيه من عدم جواز مطالبة المقترض المثل فى غير بلد القرض حتى مع عدم تضرره فيلزم من ذلك عدم

جواز المطالبة بالقيمة بطريق أولى و لعله لأن مقتضى اعتبار بلد القرض أن ليس للمقرض إلا مطالبة تسليم ماله فى بلد القرض و مجرد تعذره فى وقت من جهة توقفه على مضى زمان لا يوجب اشتغاله بالقيمة كما لو أخر التسليم اختيارا فى بلد القرض أو احتاج تسليم المثل إلى مضى زمان فتأمل.

الثالثة أن يكون الاستقرار من جهة الغصب

فالمحكى عن الشيخ و القاضى أنه لا يجوز مطالبته بالمثل فى غير بلد الغصب و لعله لظاهر قوله تعالى فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدى عَلَيْكُمْ فإن ما فى ذمته هو الطعام الموصوف بكونه فى ذلك البلد فإن مقدار مالية الطعام يختلف باختلاف الأماكن فإن المالك لمقدار منه فى بلد قد يعد غنيا و المالك لأضعافه فى غيره يعد فقيرا فالمماثلة فى الصفات موجودة لا ـ فى المالية لكنه ينتقض بالمغصوب المختلف قيمته باختلاف الأزمان فإن اللازم على هذا عدم جواز مطالبته بالمثل فى زمان غلائه و حله أن المماثلة فى الجنس و الصفات هى المناط فى التماثل العرفى من دون ملاحظة المالية و لو لا قاعدة نفى الضرر و انصراف إطلاق العقد فى مسألتى القرض و السلم لتعين ذلك فيهما أيضا و لو تعذر المثل فى بلد المطالبة لزم قيمة ذلك البلد لأن اللازم عليه حينئذ المثل فى هذا البلد لو تمكن فإذا تعذر قامت القيمة مقامه. و فى المبسوط و عن القاضى قيمة بلد الغصب و هو حسن بناء على حكمها فى المثل و المعتبر قيمة وقت الدفع لوجوب المثل حينئذ فتعين بدله مع تعذره و يحتمل وقت التعذر لأنه وقت الانتقال إلى القيمة- . و فى المسألة أقوال مذكورة فى باب الغصب ذكرناها مع مبانيها فى البيع الفاسد عند ذكر شروط العقد فليراجع إلى هنا

المكاسب، ج۴، ص ۳۲۰

تعريف مركز القائمية باصفهان للتحريات الكمبيوترية

جاهِدُوا بِأَمْوالِكُمْ وَ أَنْفُسِكُمْ فى سَبيلِ اللَّهِ ذلِكُمْ خَيْرٌ لَكُمْ إِنْ كُنْتُمْ تَعْلَمُونَ (التوبة/۴۱).
قالَ الإمامُ علىّ بْنُ موسَى الرِّضا – علَيهِ السَّلامُ: رَحِمَ اللّهُ عَبْداً أحْيَا أمْرَنَا... َيَتَعَلَّمُ عُلُومَنَا وَ يُعَلِّمُهَا النَّاسَ؛ فَإِنَّ النَّاسَ لَوْ عَلِمُوا مَحَاسِنَ كَلَامِنَا لَاتَّبَعُونَا... (بَنادِرُ البِحار – فى تلخيص بحار الأنوار، للعلّامة فيض الاسلام، ص ۱۵۹؛ عُيونُ أخبارِ الرِّضا(ع)، الشَّيخ الصَّدوق، الباب۲۸، ج۱/ ص۳۰۷).
مؤسّس مُجتمَع " القائميّة "الثّقافىّ بأصبَهانَ – إيرانَ: الشهيد آية الله " الشمس آباذى – "رَحِمَهُ اللهُ – كان أحداً من جَهابذة هذه المدينة، الذى قدِ اشتهَرَ بشَغَفِهِ بأهل بَيت النبىّ (صلواتُ اللهِ علَيهِم) و لاسيَّما بحضرة الإمام علىّ بن موسَى الرِّضا (عليه السّلام) و بساحة صاحِب الزّمان (عَجَّلَ اللهُ تعالى فرجَهُ الشَّريفَ)؛ و لهذا أسّس مع نظره و درايته، فى سَنَةِ ۱۳۴۰ الهجريّة الشمسيّة (=۱۳۸۰ الهجريّة القمريّة)، مؤسَّسةً و طريقةً لم يَنطَفِئ مِصباحُها، بل تُتَّبَع بأقوَى و أحسَنِ مَوقِفٍ كلَّ يوم.
مركز " القائميّة "للتحرِّى الحاسوبىّ – بأصبَهانَ، إيرانَ – قد ابتدَأَ أنشِطتَهُ من سَنَةِ ۱۳۸۵ الهجريّة الشمسيّة (=۱۴۲۷ الهجريّة القمريّة) تحتَ عناية سماحة آية الله الحاجّ السيّد حسن الإمامىّ – دامَ عِزّهُ – و مع مساعَدَةِ جمعٍ من خِرّيجى الحوزات العلميّة و طلاب الجوامع، بالليل و النهار، فى مجالاتٍ شتّى: دينيّة، ثقافيّة و علميّة...
الأهداف: الدّفاع عن ساحة الشيعة و تبسيط ثَقافة الثَّقَلَين (كتاب الله و اهل البيت عليهِمُ السَّلامُ) و معارفهما، تعزيز دوافع الشَّباب و عموم الناس إلى التَّحَرِّى الأدَقّ للمسائل الدّينيّة، تخليف المطالب النّافعة – مكانَ البَلاتيثِ المبتذلة أو الرّديئة – فى المحاميل (=الهواتف المنقولة) و الحواسيب (=الأجهزة الكمبيوتريّة)، تمهيد أرضيّةٍ واسعةٍ جامعةٍ ثَقافيّةٍ على أساس معارف القرآن و أهل البيت –عليهم السّلام – بباعث نشر المعارف، خدمات للمحققين و الطّلّاب، توسعة ثقافة القراءة و إغناء أوقات فراغة هُواةِ برامِجِ العلوم

الإسلاميّة، إنالة المنابع اللازمة لتسهيل رفع الإبهام و الشّبُهات المنتشرة فی الجامعة، و...

- مِنها العَدالة الاجتماعيّة: التی يُمكِن نشرها و بثّها بالأجهزة الحديثة متصاعدةً، على أنّه يُمكِن تسريعُ إبراز المَرافِق و التسهيلاتِ – فی آكناف البلد - و نشرِ الثّقافةِ الاسلاميّة و الإيرانيّة – فی أنحاء العالَم - مِن جهةٍ اُخرَى.

- من الأنشطة الواسعة للمركز:

الف) طبع و نشر عشراتِ عنوانِ كتبٍ، كتيبة، نشرة شهريّة، مع إقامة مسابقات القِراءة

ب) إنتاجُ مئات أجهزةٍ تحقيقيّة و مكتبية، قابلة للتشغيل فی الحاسوب و المحمول

ج) إنتاج المَعارض ثّلاثيّةِ الأبعاد، المنظر الشامل (= بانوراما)، الرّسوم المتحرّكة و... الأماكن الدينيّة، السياحيّة و...

د) إبداع الموقع الانترنتی" القائميّة "www.Ghaemiyeh.com و عدّة مَواقِعَ اُخرَ

ه) إنتاج المُنتَجات العرضيّة، الخَطابات و... للعرض فی القنوات القمريّة

و) الإطلاق و الدَّعم العلميّ لنظام إجابة الأسئلة الشرعيّة، الاخلاقيّة و الاعتقاديّة (الهاتف: ۰۰۹۸۳۱۱۲۳۵۰۵۲۴)

ز) ترسيم النظام التلقائیّ و اليدویّ للبلوتوث، ويب كشك، و الرّسائل القصيرة SMS

ح) التعاون الفخریّ مع عشراتِ مراكزَ طبيعيّة و اعتباريّة، منها بيوت الآيات العِظام، الحوزات العلميّة، الجوامع، الأماكن الدينيّة كمسجد جَمكرانَ و...

ط) إقامة المؤتمَرات، و تنفيذ مشروع" ما قبلَ المدرسة "الخاصّ بالأطفال و الأحداث المُشارِكين فی الجلسة

ی) إقامة دورات تعليميّة عموميّة و دورات تربية المربّی (حضوراً و افتراضاً) طيلة السَّنَة

المكتب الرّئيسیّ: إيران/أصبهان/ شارع"مسجد سيّد/ "ما بينَ شارع"پنج رَمَضان "ومُفترَق"وفائی/"بناية"القائميّة"

تاريخ التأسيس: ۱۳۸۵ الهجريّة الشمسيّة (=۱۴۲۷ الهجرية القمريّة)

رقم التسجيل: ۲۳۷۳

الهويّة الوطنيّة: ۱۰۸۶۰۱۵۲۰۲۶

الموقع: www.ghaemiyeh.com

البريد الالكترونی: Info@ghaemiyeh.com

المَتجَر الانترنتی: www.eslamshop.com

الهاتف: ۲۵-۲۳۵۷۰۲۳- (۰۰۹۸۳۱۱)

الفاكس: ۲۳۵۷۰۲۲ (۰۳۱۱)

مكتب طهرانَ ۸۸۳۱۸۷۲۲ (۰۲۱)

التّجاريّة و المَبيعات ۰۹۱۳۲۰۰۰۱۰۹

امور المستخدمين ۲۳۳۳۰۴۵(۰۳۱۱)

ملاحَظة هامّة:

الميزانيّة الحاليّة لهذا المركز، شَعبيّة، تبرّعيّة، غير حكوميّة، و غير ربحيّة، اقتُنِيَت باهتمام جمع من الخيّرين؛ لكنّها لا تُوافِی الحجمَ المتزايد و المتّسِعَ للامور الدّينيّة و العلميّة الحاليّة و مشاريع التوسعة الثّقافيّة؛ لهذا فقد ترجّى هذا المركزُ صاحِبَ هذا البيتِ (المُسمَّى بالقائميّة) و مع ذلک، يرجو مِن جانب سماحة بقيّة الله الأعظم (عَجَّلَ اللهُ تعالی فرَجَهُ الشَّريفَ) أن يُوفِّقَ الكلَّ توفيقاً متزائداً لِإعانتهم - فی حدّ التّمكّن لكلّ احدٍ منهم – إيّانا فی هذا الأمر العظيم؛ إن شاءَ اللهُ تعالی؛ و اللهُ ولیّ التوفيق.